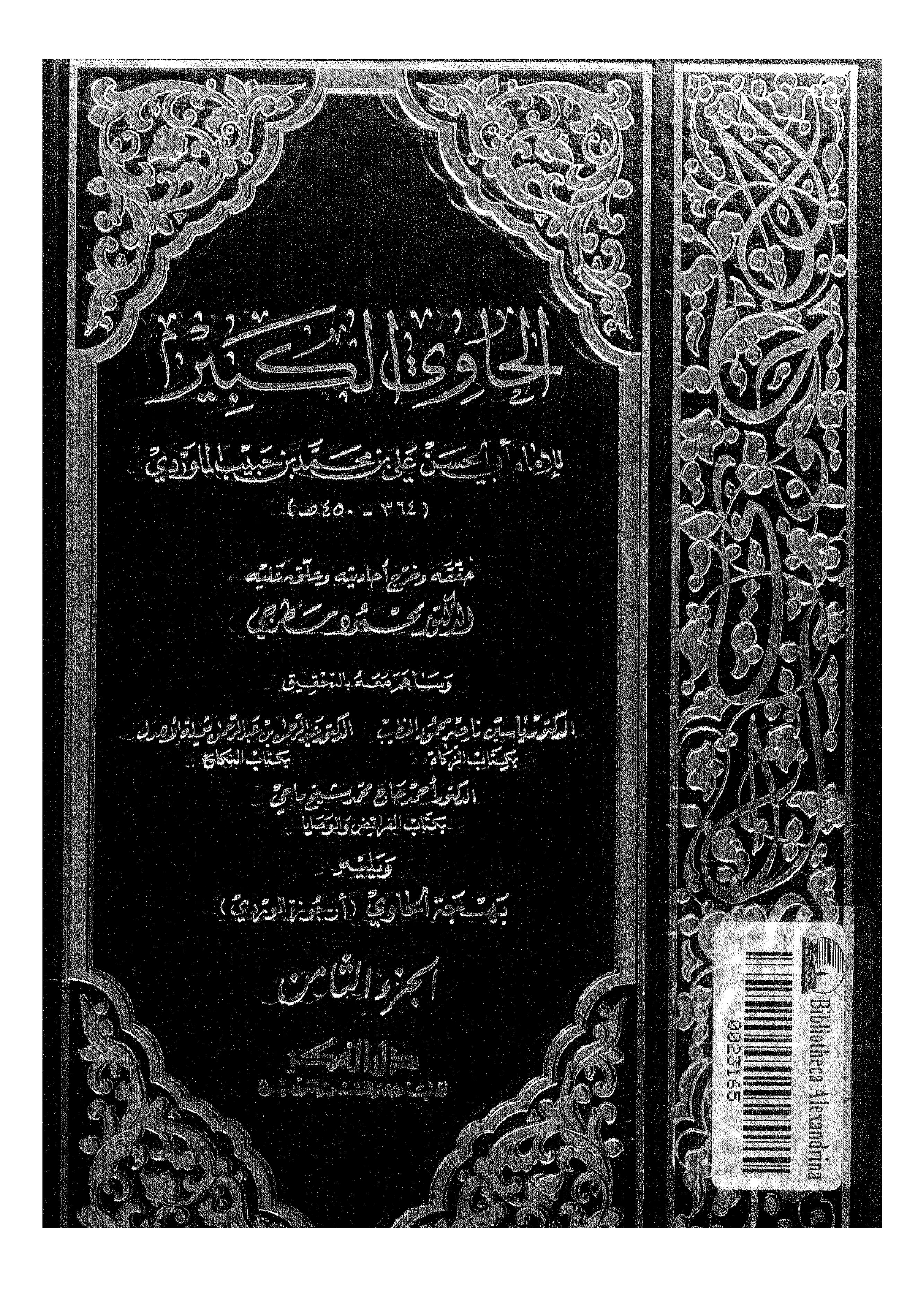

الحاوي الكبير
للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي
(٣٦٤ - ٤٥٠ هـ)
حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه
الدكتور محمود مطرجي
وساهم معه بالتحقيق
الدكتور ياسين ناصر محمود الخطيب
بكتاب الزكاة
الدكتور عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل
بكتاب النكاح
الدكتور أحمد حاج محمد شيخ ماحي
بكتاب الفرائض والوصايا
ويليه
بهجة الحاوي (أرجوزة الوردي)
الجزء الثامن
دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع
Bibliotheca Alexandrina
00023165







الحاوي الكبير

للإمام أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي

(٣٦٤ - ٤٥٠هـ)

حققه وخرج أحاديثه وعلق عليه

الدكتور محمود مطرجي

وساهم معه بالتحقيق

الدكتور ياسين ناصر محمود الخطيب
بكتاب الزكاة

الدكتور عبد الرحمن بن عبد الرحمن شميلة الأهدل
بكتاب النكاح

الدكتور حسن علي كوركولو
بكتاب الحدود

الدكتور أحمد حاج محمد شيخ ماحي
بكتاب الفرائض والوصايا

ويليه

بهجة الحاوي (أرجوزة الوردي)

الجزء الثامن

كتاب الحجر

دار الفكر
للطباعة والنشر والتوزيع

١٤١٤هـ / ١٩٩٤م

دار الفكر

بيروت - لبنان

دار الفكر: حارة حريك - شارع عبد النور - برقيًا: فكسي - تلكس: ٤١٣٩٢ فكر
ص.ب: ١١/٧٠٦١ - تلفون: ٦٤٣٦٨١ - ٨٣٨٠٥٣ - ٨٣٧٨٩٨ - دولي: ٨٦٠٩٦٢
فاكس: ٢١٢٤١٨٧٨٧٥ (٠٠١

كتاب الحَجْر[١]

أما الحجر فهو من كلامهم، المنع. سمِّي به: لأن المحجور عليه ممنوع من التصرف باختياره.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُهُ تَعَالَى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾)[٢].

قال الماوردي: فمعنى قوله: ﴿ابتلوا﴾ أي: إختبروا، وقوله: ﴿اليتامى﴾ هم الصغار الذين ليس لهم آباء، لأن اليتيم في الآدميين بموت الآباء، وفي البهائم بموت الأمهات لأن البهيمة تنسب إلى أمها فكان يتمها بموت الأم. والآدمي ينسب إلى أبيه، فكان يتمه بموت الأب. وقوله: ﴿حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾[٣] يعني: الاحتلام، لأن الاحتلام يتوجه إليه التكليف، ويزول عنه اليتم. قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «لَا يُتْمَ بَعْدَ حُلْمٍ»[٤].

وقوله تعالى: «فَإِنْ آنَسْتُمْ»[٥] أي: علمتم منهم رشداً. وفي الرشد ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه العقل. وهو قول مجاهد والشعبي.

---

(١) في المختصر: باب الحجر. وهو لغة: المنع والتضييف والحظر. ومنه سمي حجر البيت حجراً، لأنه يمنع الطرف منه إذا ثبت، وسميّ العقل حجراً لأنه يمنع صاحبه من ارتكاب ما لا يحسن التصرف فيه. وقال ابن الصباغ: ومنه سمي المحجور، لأنه يمنع من التصرّف في ماله.

(٢) مختصر المزني: ص ١٠٥. والآية ٦ من سورة النساء. والأم ٣/ ٢١٥ وقال الشافعي في الأم: «فدلَّت هذه الآية على أن الحجر ثابت على اليتامى حتى يجمعوا خصلتين: البلوغ والرشد، فالبلوغ استكمال خمس عشرة سنة، الذكر والانثى في ذلك سواء، إلا أن يحتلم الرجل وتحيض المرأة قبل خمس عشرة سنة، فيكون ذلك البلوغ».

(٣) سورة النساء، الآية: ٦.

(٤) حديث علي: «لا يتم بعد احتلام، ولا صمات يوم إلى الليل» سبق تخريجه في الزكاة. وهو عند أبي داود (٢٨٧٣) والبيهقي ٦/ ٥٧.

(٥) سورة النساء، الآية: ٦.

والثاني: أنه العقل والصلاح في الدين. وهو قول السدي.

والثالث: أنه الصلاح في الدين والصلاح في المال. وهو قول ابن عباس، والحسن البصري، وإليه ذهب الشافعي(١).

ثم قال تعالى: ﴿فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾(٢) يعني: التي تحت أيديكم ﴿وَلَا تَأْكُلُوهَا إِسْرَافاً وَبِدَاراً أَنْ يَكْبَرُوا﴾(٣) أي: لا تأخذوها إسرافاً يعني: على غير ما أباح الله لكم. وأصل الإسراف: تجاوز الحد المباح. ﴿وَبِدَاراً أَنْ يَكْبَرُوا﴾(٤) يعني: تأكل مال اليتيم مبادراً أن يبلغ فيحول بينه وبين ماله.

ثم قال تعالى: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾(٥) يعني: بمال نفسه عن مال اليتيم. ﴿وَمَنْ كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ اختلفوا في معنى هذا الأكل المباح للفقير على أربعة أقاويل:

أحدها: أنه القرض يستقرض ثم يقضي إذا وجد، وهو قول عمر وابن عباس وجمهور التابعين.

والثاني: أنه يأكل ما سد الجوعة، ويلبس ما وارى العورة ولا قضاء. وهو قول إبراهيم، ومكحول وقتادة.

والثالث: أن يأكل من ثمره ويشرب من رسل ماشيته، من غير تعرض لما سوى ذلك من فضة أو ذهب، وهو قول أبي العالية والشعبي.

والرابع: أن يأخذ إذا كان محتاجاً أجرة عمله معلومة على قدر خدمته، وهو قول عطاء(٦).

ومن الدلالة على الحجر أيضاً: قوله عز وجل: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾(٧). أما السفيه ففيه تأويلان:

---

(١) وراجع الدر المنثور للسيوطي: ٤/ ٤٣٥ والأم ٣/ ٢١٥.

(٢) سورة النساء، الآية: ٦ «قال الشافعي في الأم ٣/ ٢١٥» على أنهم إذا جمعوا البلوغ والرشد لم يكن لأحد أن يلي عليهم أموالهم، وكانوا أولى بولاية أموالهم من غيرهم، وجاز لهم في أموالهم ما يجوز لمن خرج من الولاية ممن ولي فخرج منها، أو لم يول، وأن الذكر والأنثى سواء.

(٣) سورة النساء، الآية: ٦. والدر المنثور ٤/ ٤٣٥.

(٤) سورة النساء، الآية: ٦.

(٥) سورة النساء، الآية: ٦.

(٦) الدر المنثور للسيوطي ٤/ ٤٣٥ ـ ٤٣٦.

(٧) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

أحدهما: أنه الجاهل بالصواب فيما له وعليه، وهذا قول مجاهد.

والثاني: أنه المبذر لماله المفسد له في الجهات المحرمة، وهذا أصح، وإليه ذهب الشافعي لأنه أليق بمعنى اللفظ.

أما الضعيف ففيه ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه الأحمق، وهو قول مجاهد والسدي.

والثاني: أنه ضعيف الرأي والتدبير من صغر أو كبر.

والثالث: أنه الصغير الذي يضعف عن القيام بأمره والتصرف في ماله، وإليه ذهب الشافعي.

أَمَّا الَّذِي لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ ففيه ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه الأخرس، وهو قول ابن عباس.

والثاني: أنه الممنوع بحبس أو غيبة.

والثالث: أنه المغلوب على عقله، وإليه ذهب الشافعي رضي الله عنه لأن الخرس والغيبة لا يوجبان الحجر[1].

وأما قوله تعالى: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾[2] ففيه ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنه يريد ولي الحق وهو صاحبه، أن يعدل في إملائه ومطالبته بالحق. وهو قول ابن عباس.

والثاني: أنه على ولي من عليه الحق فيما لزم من أرش جناية، أو قيمة متلف، وهذا قول الضحاك.

والثالث: أن معنى الآية في قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ﴾[3] بمعنى الذي له الحق فأقام عليه، بمعنى له، لأن حروف الجر يقوم بعضها مقام بعض. فدلت هاتان الآيتان على الحجر.

---

(١) قال الشافعي في الأم ٣/٢١٨: «وأثبت الولاية على السفيه والضعيف، وقد قيل: والذي لا يستطيع أن يملّ يحتمل أن يكون المغلوب على عقله، وهو أشبه معانيه».

(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

أما الآية الأولى: فوجه الدليل منها: أنه لما أمر بدفع أموال اليتامى بوجود شرطين وهما: البلوغ والرشد، اقتضى أن لا يدفع إليهم أموالهم قبل وجود هذين الشرطين، وهذا هو الحجر.

وأما الآية الثانية: فوجه الدليل منها: أنه لما أمر بالإملاء عن السفيعه والضعيف، دل على أن ذلك يمنعهم من التصرف واستحقاق الولاية عليهما.

وأما السنة فقد رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ **«أَنَّهُ حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ بِدَيْنِهِ»**(١) فلما أوقع الحجر لحق الغير، كان وقوعه لنفسه أولى.

وَرُوِيَ أَنَّ قَوْمَ حِبَّانَ بْنِ مُنْقِذٍ سَأَلُوا رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَنْ يَحْجُرَ عَلَيْهِ لأَنَّهُ كَانَ يَخْدَعُ فِي بِيَاعَاتِهِ، فَحَجَرَ عَلَيْهِ حَجْرَ مِثْلِهِ، وَلَمْ يَجْعَلْ عُقُودَهُ مُنْبرِمَةً، وَجَعَلَ لَهُ خِيَارٌ وَثَلَاثٍ وَقَالَ لَهُ: «إِذَا ابْتَعْتَ فَقُلْ لَا خِلَابَةَ فِي الإِسْلَامِ»(٢).

وأما الإجماع، فهو ما كان من حديث عبد الله بن جعفر حين سأل علي بن أبي طالب رضي الله عنه عثمان بن عفان أن يحجر عليه، وإجماع باقي الصحابة على جواز الحجر، حتى كان عبد الله ما سنذكره(٣).

---

(١) سبق تخريجه في التفليس. وهو عند البيهقي ٦/٤٨ و٥٠ والحاكم ٢/٥٨ من حديث الزهري عن ابن كعب بن مالك، عن أبيه: «أن رسول الله ﷺ حجر على معاذ ماله وباعه في دين عليه» وقال: صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

(٢) سبق تخريجه في البيوع.

(٣) أخرجه البيهقي في السنن ٦/٦١: من طريق هشام بن عروة، عن أبيه، أن عبد الله بن جعفر اشترى أرضاً بستمائة ألف درهم قال: فهمَّ علي وعثمان أن يحجرا عليه، قال: فلقيتُ الزبير فقال: ما اشترى أحد بيعاً أرخص ممّا اشتريت، قال: فذكر له عبد الله الحجر، قال: لو أنّ عندي مالاً لشاركتك قال: فإني أقرضك نصف المال. قال: فإني شريكك، قال: فأتاهما علي وعثمان وهما يتراوضان، قال: ما تراوضان؟ فذكرا له الحجر، على عبد الله بن جعفر، قال: أتحجران على رجلٍ أنا شريكه؟ قالا: لا لعمري، قال: فأني شريكه فتركه.

وبإسناد من طريق أبي يوسف، عن هشام بن عروة، عن أبيه، أن عبد الله بن جعفر أتى الزبير بن العوام فقال: إني اشتريت كذا وكذا، وأن علياً يريد أن يأتي أمير المؤمنين عثمان فيسأله أن يحجر عليَّ فيه، فقال الزبير: أنا شريكك في البيع. . .

وأخرجه الشافعي في الأم ٣/ ٢٢٠ وقال: «فعلي رضي الله عنه لا يطلب الحجر إلا وهو يراه، والزبير لو كان الحجر باطلاً قال: لا يحجر على حرّ بالغ، وكذلك عثمان كلهم يعرف الحجر في حديث صاحبك». . . وأخرجه الدارقطني ٤/ ٢٣١.

فصل: فإذا ثبت استحقاق الحجر بما ذكرنا من دليل الكتاب والسنة والإجماع، فالحجر مستحق من ثمانية أوجه:

أحدها: حجر الصغر.

والثاني: حجر الجنون.

والثالث: حجر السفه.

والرابع: حجر الفلس.

والخامس: حجر المرض.

والسادس: حجر الردة.

والسابع: حجر الرق.

والثامن: حجر الكتابة.

وينقسم إلى ثلاثة أقسام:

قسم: لا يثبت الحجر به إلا بحكم حاكم، وهو حجر الفلس وحجر السفه.

وقسم: يثبت بغير حكم وهو حجر الصغر، وحجر الجنون، وحجر المرض، وحجر الرق، وحجر الكتابة.

وقسم: مختلف فيه وهو حجر الردة.

ثم هي أيضاً على ثلاثة أقسام:

قسم: يثبت الحجر في حق المحجور عليه، وهو: حجر الصغر، والجنون، والسفه.

وقسم: يثبت الحجر فيه في حق غيره، وهو: حجر الفلس، والمرض، والردة، والرق.

وقسم: مشترك بين حقه وحق غيره وهو: الكتابة، ولكل واحد من ذلك موضع، وإنما يختص هذا الكتاب بحجر الصغر وحجر السفه.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالْبُلُوغُ خَمْسُ عَشْرَةَ سَنَةً إِلاَّ أَنْ يَحْتَلِمَ الغُلاَمُ، أَوْ تَحِيضَ الْجَارِيَةُ قَبْلَ ذَلِكَ)(١).

قال الماوردي: ثم بدأ الشافعي بذكر الصغر، وحدُّ الصغر إلى زمان البلوغ والبلوغ يكون بخمسة أشياء: ثلاثة منها يشترك فيها الرجال والنساء وهي: الاحتلام، والإثبات، والسن. وشيئان منها يختص بهما النساء دون الرجال وهما: الحيض، والحمل.

فأما الاحتلام، فإنما كان بلوغاً لقول الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾(٢). ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاَثَةٍ» وَذَكَرَ مِنْهَا «الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ»(٣).

والاحتلام هو إنزال المني الدافق من رجل أو امرأة، من نوم أو جماع أو غيرهما. وأقل زمان الاحتلام في الغلمان: عشر سنين، وفي الجواري: تسع سنين والله أعلم.

فصل: فأما الإنبات فقد منع أبو حنيفة أن يكون له بالبلوغ، تعلقاً لقوله ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلاَثَةٍ» وذكر من ذلك «الصبي حتى يحتلم». فجعل الاحتلام حداً لبلوغه. ولأنه لما لم يكن إنبات شعر الوجه بلوغاً، فأولى ألا يكون إنبات شعر العانة بلوغاً.

والدلالة على أنه يكون بلوغاً: أَنَّ سَبْيَ بَنِي قُرَيْظَةَ نَزَلُوا مِنْ حُصُونِهِمْ عَلَى حُكْمِ سَعْدِ بْنِ مُعَاذٍ الأَشْهَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ سَعْدٌ: حُكْمي(٤) فِيهِمْ: أَنَّ مَنْ جَرَتْ عَلَيْهِ المُوسَى

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٥. وتتمة المسألة: «وقال الله تبارك وتعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الذي عليه الحقُّ سفيهاً أو ضعيفاً أو لا يستطيعُ أن يُمِلَّ هو فليُمْلِلِ وليُّه بالعدْلِ﴾ فأثبت الولاية على السفيهُ والضعيف، والذي لا يستطيع أن يملّ هو، وأمر وليه بالاملاء عنه، لأنه أقامه فيما لا غنى به عنه في ماله مقامه، وقيل: الذي لا يستطيعُ أن يحتمل أن يكون المغلوب على عقله، وهو أشبه معانيه، والله أعلم».

(٢) سورة النور، الآية: ٥٩.

(٣) حديث علي، وعائشة: سبق تخريجهما في الوضوء، والصلاة، والزكاة، والحج...

(٤) حديث أبي سعيد الخدري: «نزل أهل قريظة على حكم سعد بن معاذ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى سعد فأتاه على حمار، فلما دنا قريباً من المسجد قال رسول الله ﷺ للأنصار: قوموا إلى سيّدكم ـ أو خيركم ـ ثم قال: إن هؤلاء نزلوا على حكمك، قال: تقتل مقاتلتهم، وتسبي ذريتهم، فقال النبي ﷺ: قضيت بحكم الله، وربما قال: قضيت بحكم الملك، وفي رواية «لقد حكمت فيهم بحكم الله» واللفظ المسلم في الجهاد (١٧٦٨) (٦٤) وأخرجه مسلم أيضاً من حديث عائشة (١٧٦٩) (٦٥) وفيه أن سعد أصيب يوم الخندق وفيه... «فردّ رسول الله ﷺ الحكم لسعد»، قال: فأني أحكم أن تقتل المقاتلة، وأن تسبى الذرية والنساء، وتقسم أموالهم، فقال رسول الله ﷺ «لقد حكمت فيهم بحكم الله عزّ وجلّ».

=

قُتِلَ، وَمَنْ لَمْ تَجْرِ عَلَيْهِ اسْتُرِقَّ. فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «هَذَا حُكْمُ اللَّهِ مِنْ فَوْقِ سَبْعَةِ أَرْقِعَةٍ» لأن السماء رقع. ولأن شعر العانة والإنزال يختصان بعضو يحدثان عند وقت البلوغ بالإنزال شرعاً، وجب أن يتعلق بالإنبات شرعاً.

وتحريره قياساً: أنه أحد نوعي ما يتعلق به البلوغ عرفاً، فوجب أن يتعلق به البلوغ شرعاً كالإنزال. وبهذا المعنى من الاستدلال فرقنا بين: شعر الوجه، وبين شعر العانة.

فأما الخبر، فليس في ظاهره مع ما ذكرنا من النص والاستدلال حجة.

فإذا تقرر ما ذكرنا، وأن الإنبات يتعلق به البلوغ في المشركين، فهل يكون بلوغاً فيهم أو دلالة على بلوغهم؟ فيه قولان:

أحدهما: أنه يكون بلوغاً فيهم كالإنزال. فعلى هذا، يكون بلوغاً في المسلم أيضاً.

والقول الثاني: أن يكون دلالة على بلوغهم، لأن سعداً جعله دليلاً له على بلوغ المسلمين..

فعلى هذا هل هو دلالة على بلوغ المسلمين. أم لا؟ على قولين:

أحدهما: أنه يكون دلالة على بلوغ المسلمين، لأن ما تعلق به البلوغ لا فرق فيه بين المسلمين والمشركين.

والقول الثاني: أنه لا يكون دلالة على بلوغ المسلمين، وإن كان دلالة على بلوغ المشركين، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن المشرك تغلظ أحكامه ببلوغه، لوجوب قتله، وأخذ جزيته، فانتفت عنه التهمة في معالجة الإنبات. والمسلم تخفف أحكامه ببلوغه في فك حجره وثبوت ولايته وقبول شهادته، فصار متهماً في معالجة الإنبات.

والثاني: أن الضرورة داعية إلى جعل الإنبات بلوغاً في الشرك، لأن سنَّهُ لا يعلم إلا بخبره وخبر الشرك لا يقبل. ولم تدع الضرورة إلى ذلك في المسلم، لأن خبره في سنة مقبول. ثم لا اعتبار في الإنبات إلا أن يكون شعراً قوياً. فأما إن كان زغباً فلا. فلو أن غلاماً

= وحديث أبي سعيد: أخرجه البخاري في الجهاد (٣٠٤٣) و(٣٨٠٤) و(٤١٢١) و(٦٢٦٢) وأبو داود (٥٢١٥) و(٥٢١٦) والبيهقي ٦/ ٥٧ ـ ٥٨ وأحمد ٣/ ٢٢ والبغوي (٢٧١٨).

وحديث عائشة أخرجه البخاري في المغازي (٤١٢٢) والبيهقي ٦/ ٥٨.

من المشركين نبت الشعر على عانته، فشهد له عدلان من المسلمين أنه لم يستكمل خمس عشرة سنة، فيكون بلوغه على القولين:

إن قيل: إن الإنبات يكون بلوغاً، حكم ببلوغه. وإن كان سنة أقل من خمس عشرة سنة. وإن قيل: إن الإنبات دلالة على البلوغ، لم يحكم ببلوغه إذا علم نقصان سنه، وهذه فائدة القولين. والله أعلم.

فصل: فأما السن، فقد حكي عن مالك: إنه لا يتعلق به البلوغ بحال وإنما يكون البلوغ بالاحتلام، وغلظ الصوت، وانشقاق الغضروف؛ قال: لأن البلوغ يختلف بحسب اختلاف الخلق، وتباين الناس كاختلاف أعمارهم؛ فلم يجزم أن يجعل مع اختلافه حداً.

وذهب الشافعي وأبو حنيفة وسائر الفقهاء: إلى أن البلوغ يكون بالسن، وإن اختلفوا فيما يكون به بالغاً من السن، وفيما نذكره من الدليل على الاختلاف في قدره دليل على ثبوت أصله.

واختلفوا في قدر البلوغ بالسن، فذهب الشافعي رضي الله عنه: إلى أن البلوغ يكون بخمس عشرة سنة في الغلام والجارية. وقال أبو حنيفة: يكون بلوغ الجارية بسبع عشرة سنة، وبلوغ الغلام بثماني عشرة سنة، استدلالاً بأن نص الكتاب والسنة يوجبان استصحاب الصغر إلى الاحتلام، وتعليق التكليف به.

قال الله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الْأَطْفَالُ مِنكُمُ الْحُلُمَ فَلْيَسْتَأْذِنُوا﴾[1] وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ: عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمْ».

ثم كان هذا السن مجمعاً على البلوغ به، فاقتضى أن يكون ما دونه مردوداً بظاهر النص.

والدلالة على ما قلنا: حديث ابن عمر، رواية ابن جريج. عن عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر قال: عُرِضْتُ عَلَى النَّبِيِّ ﷺ عَامَ أُحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعَ عَشْرَةَ سَنَةً فَرَدَّنِي، وَلَمْ يَرِنِي بَلَغْتُ، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ عَامَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةً، فَأَجَازَنِي فِي الْمُقَاتَلَةِ[2].

(١) سورة النور، الآية: ٥٩.

(٢) حديث ابن عمر: أخرجه البخاري في الشهادات (٢٦٦٤) والمغازي (٤٠٩٧) ومسلم في الامارة (١٨٦٨) وأبو داود (٤٤٠٦) و(٤٤٠٧) وابن ماجة (٢٥٤٣) والترمذي (١٧١١) والنسائي ٦/ ١٥٥ ـ ١٥٦ والبيهقي ٦/ ٥٤ ـ ٥٥ و٨/ ٢٦٤ وأحمد ٢/ ١٧.

وقد روي عنه أيضاً أنه قال: «عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَامَ بَدْرٍ وَأَنَا ابْنُ ثَلاَثِ عَشْرَةَ سَنَةٍ فَرَدَّنِي، وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ أُحُدٍ وَأَنَا ابْنُ أَرْبَعِ عَشْرَةَ سَنَةٍ فَرَدَّنِي، وَلَمْ يَرَنِي بَلَغْتُ. وَعُرِضْتُ عَلَيْهِ عَامَ الْخَنْدَقِ وَأَنَا ابْنُ خَمْسِ عَشْرَةَ سَنَةٍ، فَأَجَازَنِي فِي الْمُقَاتَلَةِ»[1]. فالدلالة من هذين الحديثين من وجهين:

أحدهما: أنه لما رده سنة أربع عشرة، لأنه لم يبلغ، علم أن إجازته سنة خمس عشرة لأنه قد بلغ، لأنه لا يجوز أن يرده لمعنى ثم يجيزه مع وجود ذلك المعنى.

والثاني: أنه أجازه سنة خمس عشرة في المقاتلة وهم البالغون، وبذلت كتب عمر بن عبد العزيز لأمراء الأجناد: أن هذا فرق ما بين الذرية والمقاتلة.

فإن قيل: فيجوز أن يكون ابن عمر بلغ سنة خمس عشرة بالاحتلام، لا بالسن. قيل: هذا خطأ، لأن الحكم المنقول مع السبب يقتضي أن يكون محمولاً على ذلك السبب. كَمَا «نُقِلَ أَنَّ مَاعِزاً زَنَا فَرُجِمَ»[2]. والسبب المنقول هو السن، فعلم أن البلوغ محمول عليه.

فإن قيل: يحتمل أن الرد سنة أربع عشرة للضعف، والإجازة سنة خمس عشرة للقوة. كما روي عن سمرة بن جندب أنه قال: «عُرِضْتُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَرَدَّنِي وَأَجَازَ غُلَاماً فَقُلْتُ: رَدَدْتَنِي وَأَجَزْتَهُ، وَلَوْ صَارَعْتُهُ لَصَرَعْتُهُ، فَقَالَ: صَارِعْهُ، فَصَارَعْتَهُ فَصَرَعْتُهُ، فَأَجَازَنِي». فدلّ على أن الرد والإجازة إنما يتعلق بالضعف والقوة.

قيل: قد يجوز أن يكون الرد في حديث سمرة للضعف، والإجازة للقوة حملاً له على سببه، وفي حديث ابن عمر للسن حملاً على سببه. فاعتبرت القوة في الذرية، والبلوغ في المقاتلة، وقد كان يجيز الذراري، والبلوغ من المقاتلة تحفظ الرجال، والتشجيع على الحروب.

فإن قيل: فحديث ابن عمر لا يصح، لأنه نقل أن بين أحد والخندق سنة، وقد روي الواقدي وأهل السير: أن بين أحد والخندق سنتين.

قلنا: نقل ابن عمر أثبت من نقل الواقدي.

وقد تابعه محمد بن إسحاق على أنه يجوز أن يكون عرض عليه عام أحد وهو في أول سنة أربع عشرة وعرض عليه عام الخندق وهو في آخر سنة خمس عشرة، فصار بينهما سنتان والله أعلم.

---

(١) حديث ابن عمر: أخرجه البيهقي ٦/ ٥٥.

(٢) ستأتي المسألة في الحدود.

فإن قيل: فابنُ عمر لا يعرف سنَّ نفسه لأنه لم ير وقت ولادته، فلم يصح إخباره به.

قلنا: لو كان هذا صحيحاً حتى لا يجوز الإخبار به لما جاز له الإخبار بنسبه، ولما جاز بأن يقول: أنا ابن عمر لأنه لم ير ولادة نفسه على فراش عمر.

فإن قيل: فقد يعلم بنسبه بالاستفاضة قيل: وقد يعلم بسنة بالاستفاضة.

ومن الدليل على ما ذكرنا: ما رُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «إِذَا اسْتَكْمَلَ الْمَوْلُودُ خَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةٍ كُتِبَ مَالَهُ وَمَا عَلَيْهِ، وَأُخِذَتْ مِنْهُ الْحُدُودُ»[1]. وهذا إن ثبت نص غير محتمل، وبما ذكرنا يفسد وجه استدلالهم.

ومن الدليل على فساد ما قالوا من الفرق بين بلوغ الغلام والجارية، وأن للسن معنى يثبت به البلوغ فوجب أن يستويا فيه كالاحتلام. ولأن الضعف معنى يوجب الحجر، فوجب أن يستويا فيه كالجنون. ولأن ما يكمل به تصرفهما يجب أن يستويا فيه، ولا يتفاضلا كالرشد. ولأنه حال لو أسلم فيها صح إسلامه، أو تصرف فيها ببيع أو شراء صح تصرفه، فوجب أن يحكم فيها ببلوغه كالثماني عشرة.

فإذا ثبت أن البلوغ يكون بخمس عشرة سنة، فإنما يعني: السنين القمرية التي كل سنة منها إثنا عشر شهراً هلالاً. وابتداؤها من حين أن ينفصل المولود من بطن أمه، وكذا لا ميراث له حتى ينفصل جميعه حياً من الرحم.

وقال أبو يوسف، ومحمد، وزفر، والحسن بن صالح: إذا خرج أكثر المولود من الرحم فحينئذٍ تعتبر أول سنة، وإذا علمت حياته عند خروج أكثره ثم خرج باقية ميتاً ورث.

وما قاله الشافعي أولى، لأن أصول الشرع مقررة: على أن كل حال ثبت لها حكم، لم يزل حكمها إلا بالانفصال عنها كالإيمان. ولأن وضع الحمل لما أوجب انقضاء العدة لم تنقض إلا بعد انفصال جميعه، صار في حكم الحمل، فلم يجز أن يجري عليه حكم الولادة لتنافيهما.

فصل: أما الحيض، فهو بلوغ في النساء لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِذَا حَاضَتْ الْمَرأَةُ فَلَا يَحِلُّ أَنْ يُنْظَرَ إِلَى شَيْءٍ مِنْ بَدَنِهَا إِلَّا إِلَى وَجْهِهَا وَكَفَّيْهَا»[2] فجعلها بالحيض عورة يحرم النظر إليها، فدل على أنها بالحيض صارت بالغة.

---

(١) حديث أنس: أخرجه البيهقي ٦/ ٥٧ وقال: وإسناده ضعيف لا يصحّ.

(٢) حديث عائشة: أن أسماء بنت أبي بكر دخلت على رسول الله ﷺ وعليها ثياب رقاق فأعرض عنها وقال: =

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا يَقْبَلُ اللَّهُ صَلَاةَ حَائِضٍ إِلَّا بِخِمَارٍ»[1] يعني: بلغت وقت الحيض، لا أنه أراد كونها في وقت الحيض؛ لأن الحائض لا تصح منها الصلاة بحال.

فصل: فأما الحمل فهو دليل على تقدم البلوغ، وليس ببلوغ في نفسه كما وهم فيه بعض أصحابنا، وإنما كان كذلك لأن الولد مخلوق من ماء الرجل وماء المرأة. قال الله تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرِ الإِنْسَانُ مِمَّ خُلِقَ خُلِقَ مِنْ مَاءٍ دَافِقٍ يَخْرُجُ مِنْ بَيْنِ الصُّلْبِ وَالتَّرَائِبِ﴾[2]، يعني: أصلاب الرجال وترائب النساء.

وقال تعالى: ﴿إِنَّا خَلَقْنَاهُ مِنْ نُطْفَةٍ أَمْشَاجٍ نَبْتَلِيهِ﴾[3] أي: أخلاط.

فإذا كان الولد مخلوقاً من ماءيهما، دل الحمل على تقدم إنزالها، فصار دليلاً على تقدم بلوغها.

فصل: فأما الخنثى المشكل فيكون بالغاً بالسن إذا استكمل خمس عشرة سنة.

فأما الحيض والإنزال فله ثلاثة أحوال:

حال ينفرد بالإنزال، وحال ينفرد بالحيض، وحال يجمع بين الحيض والإنزال.

فإذا أنزل، نظر: فإن كان أنزل من ذكره لم يكن بالغاً لجواز أن يكون امرأة، فلا يكون إنزالها من غير الفرج بلوغاً.

وإن كان أنزل من فرجه، لم يكن بالغاً لجواز أن يكون رجلاً، فلا يكون إنزاله من غير الفرج بلوغاً.

وإن كان أنزل من ذكره وفرجه جميعاً كان بالغاً، لأنه إن كان رجلاً فقد أنزل من ذكره، وإن كانت امرأة فقد أنزلت من فرجها. فإن حاض لم يكن بلوغاً بحال، سواء خرج الدم من فرجيه معاً أو من أحدهما. وإن أنزل وحاض، فعلى أربعة أقسام:

= يا أسماء إن المرأة إذا بلغت المحيض لم تصلح أن يرى منها إلا هذا وهذا، وأشار إلى وجهه وكفيه قال أبو داود: هذا مرسل.

(١) حديث عائشة: أخرجه الترمذي (٣٧٧) وأبو داود (٦٤١) وابن ماجه (٦٥٥) والبيهقي ٢/ ٢٣٣ وأحمد ٦/ ١٥٠ وصححه الحاكم ١/ ٢٥١ والبغوي (٥٢٧) وابن خزيمة (٧٧٥). والحائض: بالبالغة.

(٢) سورة الطارق، الآيتان: ٧ ـ ٨.

(٣) سورة الدهر، الآية: ٢.

أحدها: أن يكون الحيض والإنزال من فرجه، فلا يكون بلوغاً لجواز أن يكون رجلاً.

والثاني: أن يكون الدم والإنزال من ذكره، فلا يكون بلوغاً لجواز أن تكون امرأة.

والثالث: أن يكون الإنزال من فرجه والدم من ذكره، فلا يكون بلوغاً لجواز أن يكون رجلاً، فلا يكون خروج الدم من ذكره بلوغاً.

والرابع: أن يكون الإنزال من ذكره والحيض من فرجه، فمذهب الشافعي رحمه الله: أنه يكون بلوغاً، لأنه إن كان رجلاً فقد أنزل من ذكره، وإن كانت امرأة فقد حاضت من فرجها.

وقد حكي عن الشافعي في بعض المواضع أنه قال: ولو حاض واحتلم لم يكن بالغاً. وليس هذا قولاً له ثانياً كما وهم بعض أصحابنا، ولكن له أحد تأويلين:

أحدهما: أنه قال: «ولو حاض أو احتلم» فأسقط الكاتب ألفاً.

والثاني: أنه أراد: ولو حاض واحتلم من أحد فرجيه لم يكن بلوغاً.

فأما بلوغه بالإنبات، فإن كان على أحد الفرجين لم يكن بلوغاً، وإن كان على الفرجين جميعاً كان بلوغاً في المشركين وفي المسلمين على ما ذكرنا.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِذَا أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى بِدَفْعِ أَمْوَالِ الْيَتَامَى إِلَيْهِمْ بِأَمْرَيْنِ، لَمْ يَدْفَعْ إِلَيْهِمْ إِلاَّ بِهِمَا وَهُمَا: الْبُلُوغُ وَالرُّشْدُ قال الشافعي: وَالرُّشْدُ ـ وَاللَّهُ أَعْلَمُ ـ الصَّلاَحُ فِي الدِّينِ حَتَّى تَكُونَ الشَّهَادَةَ جَائِزَةً مَعَ إِصْلاَحِ المَالِ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. اليتيم لا ينفك حجره إلا أن يكون رشيداً في دينه وماله.

وقال أبو حنيفة: إذا بلغ غيررشيد فك حجره، إلا أن يكون مبذراً. فيستدام الحجر عليه إلى خمس وعشرين سنة ثم يفك حجره. وإن تصرف قبل استكمال خمس وعشرين سنة ببيع أو شراء، صح تصرفه، استدلالاً بقوله تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[٢]. فذكر الرشد منكراً، فاقتضى رشداً، «ما» وصلاحه لماله في حالة «ما» نوع من الرشد. ولأنه مكلف غير مبذر، فوجب أن يفك حجره كالرشيد

(١) مختصر المزني: ص ١٠٥.

(٢) سورة النساء، الآية: ٦.

في دينه. ولأن بلوغ الكافر عاقلاً يوجب فك حجره مع عدم الرشاد في دينه، فالمسلم إذا بلغ عاقلاً أولى بفك الحجر عنه. ولأن اليتيم محجور عليه في ماله ونكاحه، فلما انفك الحجر عن نكاحه إذا بلغ عاقلاً؛ وجب أن يفك الحجر عن ماله إذا بلغ عاقلاً.

والدلالة على ما قلناه: قوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[1] فأمر بدفع أموالهم إليهم بشرطين: البلوغ، والرشد. فلا يجز أن يدفع إليهم بوجود البلوغ دون الرشد، كما لا يجوز أن يدفع إليهم بوجود الرشد دون البلوغ. ومن لم يكن مصلحاً في دينه، لا ينطلق اسم الرشد عليه.

فإن قيل: فالرشد هو العقل، كان الجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن الرشد عرفاً مستعملاً في صلاح الدين والمال، فلم يجز أن يحمل على العقل، وإن كان بعض شرائط الرشد.

والثاني: أنه أمر باختباره قبل الرشد، ومن لا عقل له لا يحتاج إلى اختبار لظهور أمره، فكان حمله على من يشتبه أمره ليحتاج إلى اختبار أولى. وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «اقْبِضُوا عَلَى أَيْدِي سُفَهَائِكُمْ»[2].

والعادم للرشد سفيه، فوجب أن يكون مقبوضاً على يده، ممنوعاً من تصرفه في ماله. ولأنه بلغ غير رشيد، فوجب أن يمنع من ماله كالمجنون أو المبذر قبل الخمس والعشرين. ولأنه ممنوع من ماله، فوجب أن لا ينفذ تصرفه، كالصغير. ولأنه يملك ما ندب إليه من صلاحي رشده وهما: صلاح نفسه بالدين، وصلاح ماله بالقصد فلما كان صلاح ماله بالبلوغ معتبراً فأولى أن يكون صلاح نفسه معتبراً. فأما الآية فقد جعلناها دليلاً لنا وما حملوها عليه مما انطلق عليه اسم رشد. «ما» غير صحيح؛ لأن التلفظ بالشهادتين رشد ودفع الأذى من الطريق رشد. وذلك مما لا يستحق به فك الحجر.

وكذلك ما ذكروا لا يكون رشداً مطلقاً والسفيه ليس برشيد لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ﴾.

وأما قياسهم على الرشيد فالمعنى فيه الإصلاح في الدين والمال.

وما ذكروه من النكاح «والمال» فهما سواء متى لم ينفك الحجر عن ماله لم ينفك عن

---

(١) سورة النساء، الآية: ٦.

(٢) هو في كنز العمال (٥٥٢٥).

نكاحه. وأما الكافر فهو رشيد في دين نفسه، لأن الرشد هو أن ينتهي عما يعتقد تحريمه ويفعل ما يعتقد حسنه ووجوبه، ولا اعتبار في رشده بما يعتقده الغير من قبح وحظر فكان اسم الرشد منطلقاً عليه، وإن كان كافراً يفك الحجر عنه. ولا ينطلق اسم الرشد على المسلم إذا كان فاسقاً فلم يفك الحجر عنه. كما يلي الكافر على مال ولده ولا يلي الفاسق على مال ولده.

فصل: فأما قول الشافعي رضي الله عنه والرشد الصلاح في الدين حتى تكون الشهادة جائزة مع إصلاح المال. فقد اختلف أصحابنا في قوله حتى تكون الشهادة جائزة ما الذي أراد به على وجهين:

أحدهما: أن أن مراده به أن يكون بوصف من تجوز شهادة فلا يرتكب محظوراً ولا يأتي قبيحاً ولا يخل بواجب.

والثاني: أنه أراد أن يكون بوصف من تكون الشهادة له بالرشد جائزة لظهور أفعاله الجميلة وانتشار سداده عند أكفائه.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنَّمَا يُعْرَفُ إِصْلَاحُ المَالِ بِأَنْ يُخْتَبَرَ اليُتْمَانُ وَالاخْتِبَارُ يَخْتَلِفُ بِقَدْرِ حَالِ المُخْتَبَرِ فَمِنْهُمْ مَنْ يَبْتَذِلُ فَيُخَالِطُ النَّاسَ بِالشِّرَاءِ وَالْبَيْعِ قَبْلَ البُلُوغِ وَبَعْدَهُ فَيَقْرُبَ اخْتِبَارُهُ وَمِنْهُمْ مَنْ يُصَانُ عَنِ الأَسْوَاقِ فَاخْتِبَارُهُ أَبْعَدُ فَيُخْتَبَرُ فِي نَفَقَتِهِ فَإِنْ أَحْسَنَ إِنْفَاقَهَا عَلَى نَفْسِهِ وَشِرَاءِ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ أَوْ يُدْفَعَ إِلَيْهِ الشَّيْءُ اليَسِيرُ فَإِذَا أَحْسَنَ تَدْبِيرَهُ وَتَوْفِيرَهُ وَلَمْ يُخْدَعْ عَنْهُ دُفِعَ إِلَيْهِ مَالُهُ).

قال الماوردي: وهذا صحيح واختبار الأيتام يشتمل على فصلين:

أحدهما: في زمانه.

والثاني: في صفته. فأما زمان الاختبار ففيه وجهان:

أحدهما: بعد البلوغ لأنه الوقت الذي ينفذ فيه تصرفه وتصح فيه عقوده ويثبت لقوله حكم.

والوجه الثاني: يختبر قبل البلوغ ليصل إلى قبض ماله عند بلوغه ورشده ولا يتأخر عنه بعد البلوغ لأجل الاختبار.

كما لزم تعليم الصبي الطهارة والصلاة قبل البلوغ متى لا يتأخر بعد البلوغ عن أداء الفرض تشاغلاً بالتعليم. فمن قتال بهذا ففي كيفية اختباره وجهان:

أحدهما: أن الولي يعطيه ما ينفذ تصرفه فيه من يسير المال. فيبيع به ويشتري ويصح ذلك منه لموضع الضرورة إليه.

والوجه الثاني: أن اليتيم يباشر بما دفع إليه من يسير ماله المساومة وتقدير الثمن واستصلاح العقد، فإذا تقرر له ذلك تولى الولي العقد عنه ولا يصح لعدم بلوغه العقد منه.

فصل: وأما صفة الاختبار، فقد يكون بثلاثة أشياء:

أحدها: ما كان اختباراً لدينه وهو لزوم العبادات، وتجنب المحظورات، وتوقي الشبهات.

والثاني: ما كان اختباراً لماله، وهو التوصل إلى الاكتساب والقصد في الإنفاق.

والثالث: ما كان مشتركاً في اختبار دينه وماله، وهو حاله فيمن يصاحب من الناس أو يخالط.

فإذا تقرر هذا، فلا يخلو حال المولى عليه من أن يكون: غلاماً، أو جارية. فأما الغلام، فلا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يكون ممن يستبذل بدخول الأسواق، أو ممن يصان عنها.

فإن كان ممن يدخل الأسواق، أذن له الولي في دخول السوق التي تليق بمثله، ودفع إليه يسيراً من ماله، وراعى ما يكون من بيعه وشرائه وأخذه وعطائه. فإن كان شديداً فيها حسن التدبير لها، لا يغبن في شيء منها، لم يقنع منه بدفعه واحدة حتى يراعى ذلك منه ثانية وثالثة، لأنه قد يجوز أن تكون الأولى منه اتفاقاً لا قصداً. فإذا تكرر ذلك منه، علم صحة قصده فيه، كالكلب إذا علّم فأمسك مرة لم يصر معلماً، لجواز أن يكون منه بالاتفاق؛ فإذا تكرر منه، صار قصداً فصار معلماً. فإذا رآه الولي مراراً يمضي على شاكلته في القصد وصواب التدبير وحُسن التقدير، علم رشده في المال. وإن رآه على خلاف ذلك من فساد القصد وحصول الغبن، علم أنه غير رشيد في المال.

وإن كان ممن يصان عن الأسواق، فاختباره أشد. فيدفع إليه نفقة يوم، ثم من بعدها نفقة أسبوع، ثم نفقة شهر. ودعاه الولي في تقديرها وصرفها في وجوهها، وإن كان صاحب

ضيعة أذن له في تدبيرها، فإن رآه مصيب الرأي فيها واضعاً للأمور مواضعها، يقدر النفقة على واجبها، علم رشده في ماله. وإن رآه بخلاف ذلك، علم أنه غير رشيد فيه. فهذا اختبار رشده في المال.

وأما اختبار رشده في دينه، فهو بمراعاة ما هو عليه من فعل الطاعات، واجتناب المعاصي، ومصاحبة من يخالط ويماشي. فإن كان مقبلاً على عباداته في أوقاتها الراتبة، مجانباً للمعاصي والشبهات، مماشياً لأهل الخير والصلاح، محافظاً على مروءة مثله، علم رشده في دينه. وإن كان خلاف هذا، فهو غير رشيد في الدين.

فإذا اجتمع رشده في دينه وماله، وجب فك حجره. فإن كان الولي أباً أو جداً، انفك الحجر عنه برشده من غير حكم حاكم، لأن ولاية الأب لما ثبتت بغير حكم، ارتفعت بالرشد من غير حكم. وإن كانت الولاية لأمين حاكم، لم ترتفع عنه إلا بحكم. لأنه لما ثبتت ولايته بحكم، لم ترتفع إلا بحكم. وإن كانت الولاية لوصي أب أو جد، فعلى وجهين:

أحدهما: أنها ترتفع بالرشد من غير حكم كالأب، لثبوتها للوصي بغير حكم.

والثاني: أنها لا ترتفع إلا بحكم، لأن ولاية الوصي لم تثبت إلا بغيره، كأمين الحاكم.

فإذا صار مفكوك الحجر بما ذكرنا، وجب تسليم ماله إليه. فإن منع منه، صار المانع له منه مع زوال العذر ضامناً له. فإن عقد له فيه عقداً من بيع أو شراء، كان عقده باطلاً.

فصل: فإذا أراد ولي اليتيم أن يأخذ من ماله أجرة بحق قيامه، فإن كان الولي فقيراً جاز له أن يأخذ من ماله أجر مثله بحق قيامه. لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ فَقِيراً فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1]. وإن كان غنياً فعلى وجهين:

أحدهما: لا يجوز لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ﴾[2] يعني: بماله عن مال اليتيم.

والوجه الثاني: يجوز، وإن كان غنياً أن يأخذ الأجرة لأنها عوض عن قيامه، فلم يختص بها فقير دون غني كسائر الأجور، وتكون الآية محمولة على الاستحباب.

(١) سورة النساء، الآية: ٦.

(٢) سورة النساء، الآية: ٦.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَاخْتِبَارُ المَرْأَةِ مَعَ عِلْمِ صَلَاحِهَا لِقِلَّةِ مُخَالَطَتِهَا فِي الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ أَبْعَدُ فَتَخْتَبِرُهَا النِّسَاءُ وَذَوو المَحَارِمِ بِمِثْلِ مَا وَصَفْتُ، فَإِذَا أُونِسَ مِنْهَا الرُّشْدُ دُفِعَ إِلَيْهَا مَالُهَا، تَزَوَّجَتْ أَمْ لَمْ تَتَزَوَّجْ، كَمَا يُدْفَعُ إِلَى الغُلَامِ نَكَحَ أَوْ لَمْ يَنْكَحْ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. واختبار الجارية في رشدها أصعب من اختبار الغلام، لأن حال الغلام أظهر، وحال الجارية أخفى. والذي يتولى اختبارها ذوو محارمها ونساء أهلها، بخلاف الغلام الذي يجوز للولي أن يتولى اختباره، وإن كان أجنبياً.

وحال النساء أيضاً يختلف في البروز والخفي، فيدفع إليهما من مالها ما تتولى إنفاقه على نفسها، وفي تدبير خدمها ومنزلها. فإذا وجد منها القصد في جميعه، وأصابت تدبير ما يتولاه النساء من أمور المنازل، واستغزال الكسوات، مع صلاح رشدها في الدين، علم رشدها، ووجب فك حجرها سواء تزوجت أو لم تتزوج.

وقال مالك: لا يجوز أن يفك حجرها حتى تتزوج، ولا يجوز تصرفها في مالها بعد التزويج إلا بإذن الزوج، إلا أن تصير عجوزاً معنسة. فاستدل على بقاء الحجر عليها إلى أن تتزوج بقوله تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[٢] وبلوغ النكاح هو التزويج، فاقتضى أن يكون شرطاً في فك الحجر.

واستدل على أنه لا يجوز تصرفها بغير إذن الزوج، بقوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾[٣]. وبحديث: عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، أن النبي ﷺ قال: «**لَا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ أَنْ تَتَصَرَّفَ فِي مَالِهَا بَعْدَ أَنْ مَلَكَ الزَّوْجُ عِصْمَتَهَا إِلَّا بِإِذْنِهِ**»[٤].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٥. وتتمة المسألة: «لأن الله تبارك وتعالى سوّى بينهما في دفع أموالهما إليها بالبلوغ والرشد، ولم يذكر رتزويجاً. واحتجّ الشافعي في الحجر بعثمان وعلي والزبير رضي الله عنهم». والأم ٣/ ٢٢٠.

(٢) سورة النساء، الآية: ٦.

(٣) سورة النساء، الآية: ٣٤.

(٤) حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جدّه: أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥٤٦) بلفظ «لا يجوز لامرأة أمرٌ في مالها إذا ملك زوجها عصمتها» والبيهقي ٦/ ٦٠.

وهذا نص. ولما روي عنه ﷺ: أنه قال: «لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ عَطِيَّةُ شَيْءٍ إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا»[(١)].

ولأن مال الزوجة في الغالب مقصود في عقد نكاحها، لأن العادة جارية بزيادة صداقها لكثرة مالها وقلته لقلة مالها، وهو لا يملك ذلك عليها، فاقتضى أن يملك فيه منعها.

والدلالة على أنها تستحق فك الحجر بالبلوغ والرشد من غير تزويج: قوله تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾[(٢)]. وبلوغ النكاح إنما هو بلوغ زمانه كالغلام، فلم يجز أن يضم إلى هذين الشرطين ثالث لما فيه من إسقاط فائدة الشرط والغاية.

ولأن ما انفك به الحجر بعد التزويج، انفك به حجر الجارية، كالمزوجة. ولأن الجارية قبل التزويج أشحّ لما تحتاج إليه من مؤنة جهازها ونفقة نفسها، وبعد التزويج أسمح لسقوط الجهاد عنها، ووجوب النفقة على زوجها.

والغلام ضدها، لأنه قبل التزويج أسمح لقلة مؤونته، وبعد التزويج أشح لكثرة مؤونته. فلما جاز فك الحجر عن الغلام قبل التزويج في أسمح حاليه فأولى أن يفك حجر الجارية قبل التزويج في أشحّ حاليها.

---

(١) حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥٤٧) وأحمد في المسند ٢/ ٢٠٧ من جملة حديث طويل والنسائي ٥/ ٢٦٥ والبيهقي ٦/ ٦٠.

قال الشافعي في الأم: ٣/ ٢١٦ «فقد روي أن ليس للمرأة أن تعطي من مالها شيئاً بغير إذن زوجها» قيل: قد سمعناهُ وليس بثابتٍ فيلزمنا أن نقول به، والقرآن يدل على خلافه، ثم السنة، ثم الأثر، ثم المعقول. فأن قال: «فاذكر القرآن قلنا: الآية التي أمر-أمر الله عز وجل بدفع أموالهم إليهم، وسوى فيها بين الرجل والمرأة، ولا يجوز أن يفرّق بينهما بغير خبر لازم...».

ونقل البيهقي ٦/ ٦١ عن الشافعي أنه قال في مختصر البويطي والربيع: «قد يمكن أن يكون هذا في موضع الاختيار، كما قيل: ليس لها أن تصوم يوماً وزوجها حاضر إلا بإذنه، فأن فعلت فصومها جائز، وأن خرجت بغير إذنه فباعت فجائز. وقد أعتقت ميمونة رضي الله عنها قبل أن يعلم النبي ﷺ فلم يعب ذلك عليها، فدلّ هذا مع غيره على أن قول النبي ﷺ أن قاله أدب واختيار لها.». وقال البيهقي: «الطريق في هذا الحديث إلى عمرو بن شعيب صحيح، ومن أثبت أحاديث عمرو بن شعيب لزمه إثبات هذا، إلا أن الأحاديث التي مضت في الباب قبله أصحّ إسناداً، وفيها وفي الآيات التي احتجّ بها الشافعي رحمه الله دلالة على نفوذ تصرفها في مالها، دون الزوج، فيكون حديث عمروبن شعيب محمولاً على الأدب والاختيار كما أشار إليه في كتاب البويطي».

(٢) سورة النساء، الآية: ٦.

والدلالة على جواز تصرفها بغير إذن الزوج: ما روي أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ خَطَبَ عَلَى النِّسَاءِ فِي يَوْمِ عِيدٍ فَقَالَ: «تَصَدَّقْنَ وَلَوْ مِنْ حُلِيِّكُنَّ فَجَعَلَتِ الْمَرْأَةُ تَتَصَدَّقُ بِخَاتَمِهَا وَقُرْطِهَا»(١). ولم يعتبر فيه إذن زوجها. ولأن من استحق تسليم ماله إليه، استحق جواز تصرفه فيه كالغلام. ولأن للزوجة حقاً في يسار الزوج في زيادة المنفعة ما ليس للزوج في يسار الزوجة، فلما جاز تصرف الزوج بغير إذن الزوجة مع حقها في يساره، فأولى أن يجوز تصرف الزوجة بغير إذن الزوج لسقوط حقه بيسارها.

فأما الجواب عن الآية، فقد ذكرنا وجه الاستدلال منها، فكان جواباً عنها.

وأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾(٢) فهو أن المراد به: أنهم أهل قيام على نسائهم في تأديبهن على ما يجب عليهنّ. وقد روي جرير بن حازم، عن الحسن أَنَّ سَبَبَ ذَلِكَ أَنَّ رَجُلاً مِنَ الأَنْصَارِ لطم امرأته، فجاءت تلتمس القصاص، فجعل النبي ﷺ بينهما القصاص، فنزلت الآية: ﴿وَلا تعجل بالقرآن من قبل أن يقضي إليك وحيه﴾(٣). ثم نزلت ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾(٤). فلم يكن في الآية على ما استدل به مالك دليل.

وأما الجواب عن حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده فهو: أنه ضعيف، ولو صح لكان محمولاً على المبذرة إذا ولي الزوج الحجر عليها.

وأما الجواب عن قوله: «لاَ يَحِلُّ لِامْرَأَتِهِ عُطِيَّة شَيْءٍ إِلاَّ بِإِذْنِ زَوْجِهَا» فهو: أن محمول على مال الزوج.

وأما الجواب عن قوله: إن المهر يزيد بزيادة مالها، وينقص بنقصانه، فهو: أنه وإن كان كذلك، فلأجل ما يعود في الزوج من توفير المال بالإرث وسقوط نفقة أولاده عنه بالإعسار.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا كَانَ وَاجِباً أَنْ يَحْجَرَ عَلَى مَنْ قَارَبَ

---

(١) حديث ابن عباس: سبق تخريجه. وهو عند البخاري (٩٦٤) و(١٤٣١) و(٥٨٨٣). ومسلم (٨٤٨) وأبو داود (١١٤١) و(١١٤٢) و(١١٤٣) و(١١٤٤) وابن ماجه (١٢٧٣) وأحمد ١/ ٢٨٠.

(٢) سورة النساء، الآية: ٣٤.

(٣) سورة طه، الآية: ١٤.

(٤) سورة النساء، الآية: ٣٤.

البُلُوغَ وَقَدْ عَقَلَ نَظَراً لَهُ وَإِبْقَاءً لِمَالِه، فَكَانَ بَعْدَ البُلُوغِ أَشَدَّ تَضْيِيعاً لِمَالِهِ وَأَكْثَر إِتْلَافاً لَهُ، فَلَم لَا يَجِبُ الْحَجَرُ عَلَيْهِ وَالْمَعْنَى الَّذِي أَمَرَ بِالْحَجْرِ عَلَيْهِ بِهِ فِيهِ قَائِمٌ)؟[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. السفيه المبذر لماله، يجب الحجر عليه وإن كان بالغاً.

وقال أبو حنيفة وزفر: لا يجوز أن يبتدأ الحجر على بالغ عاقل وإن كان سفيهاً مبذراً، استدلالاً بأن الله عز وجل: أمر بالإنفاق ونهى عن الإمساك فقال تعالى: ﴿وَأَنْفِقُوا مِمَّا رَزَقْنَاكُمْ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَأْتِيَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ﴾[٢]. وقال: ﴿لَنْ تَنَالُوا الْبِرَّ حَتَّى تُنْفِقُوا مِمَّا تُحِبُّونَ﴾[٣]. فلم يجز أن يكون فعل ما ندب إليه، يوجب الحجر عليه.

وقال النبي ﷺ: «لَيْسَ لَكَ مِنْ مَالِكَ إِلَّا مَا أَكَلْتَ فَأَفْنَيْتَ أَوْ لَبِسْتَ فَأَبْلَيْتَ، أَوْ تَصَدَّقْتَ فَأَمْضَيْتَ»[٤] فكان ذلك حثاً منه على الإنفاق للمال وترك إمساكه.

وروي الحسن عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا حِجْرَ عَلَى حُرٍّ»[٥] فهذا نص. ولأنه حر مكلف، فلم يجز أن يحجر عليه كغير المبذر. ولأن من حجر عليه في عقوده، حجر عليه في إقراره كالمجنون، ومن لم يحجر عليه في إقراره لم يحجر عليه في عقوده كالرشيد. فلما صح إقراره على نفسه، صحّ في ماله وعقوده.

وتحريره قياساً: أن من قبل إقراره على نفسه، قبل إقراره في ماله كالرشيد. ولأن تصرف الإنسان في مال نفسه أقوى من تصرف غيره في ماله، فلما لم يصح منه إبطال عقوده المستقبلة، فأولى أن لا يصح في غيره أن يبطل عقوده المستقبلة.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَهُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا﴾[٦] الآية. والمراد بالسفهاء: البالغون العقلاء، لأن السفه صفة ذمّ لا تتوجه إلا علماً مكلف، فدلت هذه الآية على استحقاق الحجر بالسفه من وجهين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٥.
(٢) سورة المنافقون، الآية: ١٠.
(٣) سورة آل عمران، الآية: ١٢.
(٤) أخرجه السيوطي في الدر المنثور ٦/ ٣٤٩، وابن أبي شيبة ١٣/ ٢٣٠ وموسوعة أطراف الحديث ٦/ ٨٥٦.
(٥) راجع الأم والردّ عليه ٣/ ٢٢٠.
(٦) سورة النساء، الآية: ٥.

أحدهما: قوله تعالى: ﴿الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً﴾[1] أن جعل الله لكم القيام عليها.

والثاني: قوله تعالى: ﴿وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ﴾[2]، ولا يجوز أن يتولى ذلك إلا وليّ.

وقوله تعالى: ﴿أَمْوَالَكُمْ﴾ يعني: أموالهم، وإنما أضاف ذلك إلى الأولياء لتصرفهم فيه. ألا ترى أنه أمر بالاتفاق عليهم منها ولا يجب الإنفاق من غير أموالهم. وقد قال سبحانه وتعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾[3]. فأثبت الولاية على السفيه، وفرق بينه وبين المجنون والصغير.

وروى عطاء، عن سعيد، عن قتادة، عن أنس: أن رجلاً على عهد رسول الله ﷺ كان يباعُ وكان في عقدته ضعف فأتى أهله نبيّ الله ﷺ قالوا: يا نبي الله احجُر على فلان فإنه يبتاعُ وفي عقدته ضعفٌ. فدعاهُ النبيّ ﷺ فنهاهُ عن البيع فقال: يا رسولَ اللّهِ لا أصبرُ عنه، فقال: «إن كنْت غيرَ تاركٍ فقل: لا خِلَابَةَ»[4] فدل هذا الحديث على استحقاق الحجر على البالغ من وجهين:

أحدهما: أنه حجر عليه حجر مثله، بأن أثبت له الخيار في عقوده ولم يجعلها منبرمة.

والثاني: سؤالهم الحجر عليه، وإمساك النبي ﷺ عن الإنكار.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «خُذُوا عَلَى أَيْدِي سُفَهَائِكُمْ»[5] ولا يمكن الأخذ على أيديهم إلا بالحجر عليهم.

وروي أنه ﷺ: أنه حَجَرَ عَلَى مُعَاذٍ لأَجْلِ غُرَمَائِهِ، فَكَانَ الْحجرُ عَلَى السَّفِيهِ لِحَقِ نَفْسِهِ أَوْلَى. وَلأَنَّهُ إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ، وهو: ما روي أن عثمان بن عفان رضي الله عنه مرّ بأرض سبخة فقال: لمن هذه؟ فقالوا: كانت لفلان واشتراها عبد الله بن جعفر بستين ألف درهم، فقال: ما يسرني أن تكون لي بنعلين. ثم رأى علي بن أبي طالب فقال: لم لا تقبض على يد

(١) سورة النساء، الآية: ٥.

(٢) سورة النساء، الآية: ٥.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٤) حديث أنس: أخرجه البيهقي ٦/ ٦٢.

(٥) أخرجه القرطبي ٦/ ٤ وهو في كنز العمّال (٥٥٢٥). وموسوعة أطراف الحديث ٤/ ٦٠٤.

ابن أخيك وتحجر عليه؟ فعلم عبد الله بن جعفر بذلك، فلقي الزبير بن العوام وذكر له الحال، فقال: شاركني فيها، فشاركه، ثم أقبل عليّ إلى عثمان رضي الله عنهما يسأله الحجر على عبد الله، فقال عثمان: كيف أحجر على من شريكه الزبير(١)؟.

وكان معروفاً بالإمساك والاستصلاح، فصارت شركته شبهة تنفي استحقاق الحجر، فكان ذلك منهم ومن باقي الصحابة في إمساكهم إجماعاً منعقداً على استحقاق الحجر على البالغ.

وروي عن عبد الله بن الزبير: أنه لما بلغه عن عائشة رضي الله عنها أنها تبذر مالها في العطايا والصلاة والصدقات، فقال: لَتَنْتَهِيَنَّ عَائِشَةُ أَوْ لأَحْجُرَنَّ عَلَيْهَا، فَبَلَغَ ذَلِكَ عَائِشَةَ فَحَلَفَتْ أَنْ لاَ تُكَلِّمَهُ حَتَّى رَكِبَ إِلَيْهَا فَاعْتَذَرَ لَهَا وَكَفَّرَتْ عَنْ يَمِينِهَا وَكَلَّمَتْهُ(٢). فدل على أن الحجر على البالغ مشهور فيهم، وإن كان ابن الزبير وهم في موجبه، لأن عن صرف ماله في القرب لم يستحق به الحجر.

وقد روي أن مروان بن الحكم راسل عائشة رضي الله عنها بمثل بذلك، ولأن عدم التدبير ووجود التبذير يوجب ثبوت الحجر كالصغير؛ ولأن ما يستدام به الحجر لاستدامته، وجب إذا طرأ أن يبتدأ الحجر به كالجنون.

فأما الجواب عن قولهم: إنه تعالى أمر بالإنفاق في الآيتين المذكورتين، فهو: إنه أمر بالإنفاق في الطاعات دون التبذير والإنفاق في المعاصي، لأنه لا يجوز أن يأمر بما نهي عنه ودل على قبحه، وكذا الجواب عن الخبر.

وأما الجواب عن قوله ﷺ: «لاَ حِجْرَ عَلَى حُرٍّ». فحديث مرسل، ولو صح لاحتمل لا حجر عليه بغير حكم.

وأما قياسهم على الرشيد فالمعنى فيه: على نفسه فالمعنى فيه: وجود الصلاح منه.

وأمّا قياسهم بعلة أنه ممن يصحّ إقراره على نفسه، فالمعنى فيه: انتفاء التهمة عنه فيما يتعلق بنفسه، ولحوقها فيما يتعلق بماله كالعبد.

وأما الجواب عن استدلالهم: بأنه لما لم يجز أن يبطل ما يستقبل من عقود نفسه،

(١) سبق تخريجه، وهو عند البيهقي ٦/ ٦١.
(٢) أخرجه البيهقي ٦/ ٦٢.

فأولى أن لا يجوز ذلك لغيره فهو: أن غيره لم يبطل عقوده المستقبلة، وإنما وقوع الحجر عليه منع من صحة العقود منه.

فصل: فإذا ثبت جواز الحجر على الكبير بالسرف والتبذير، فلا يخلو حال ذي المال أربعة أحوال:

أحدها: أن يكون مصلحاً لدينه، مصلحاً لماله، فهذا هو الرشيد الذي يجوز أمره، وتصح عقوده.

والحال الثانية: أن يكون مفسداً في دينه لظهور فسقه مفسداً في ماله لظهور تبذيره، فهذا هو السفيه الذي يستحق الحجر عليه بما نذكره من أحوال التبذير.

والحال الثالثة: أن يكون مصلحاً لدينه مفسداً لماله بالتبذير له، فلا يخلو حال تبذيره من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون بالغبن الذي يلحقه في بيوعه وأشريته، فهذا يستحق الحجر به.

القسم الثاني: أن يكون التبذير بانفاق ماله في المعاصي، فهذا أيضاً مما يوجب الحجر عليه.

والقسم الثالث: أن يكون التبذير بانفاق ماله في الطاعات والصِّلات، فليس ذلك تبذيراً وهو فيه مأجور، والحجر عليه غير جائز.

القسم الرابع: أن يكون تبذيره بانفاق ماله في ملاذه، والإسراف في ملبوسه، والإنفاق في شهواته، حتى يتجاوز في جميعها الحد المألوف والقدر المعروف، ففي وجوب الحجر عليه وجهان:

أحدهما: يحجز عليه بذاك، لأنه انفاق في غير حق.

والوجه الثاني: لا حجر في ذلك لإباحته، فهذا حكم الحال الثالثة.

وأما الحال الرابعة: فهو أن يكون مصلحاً في ماله مفسداً في دينه لفسقه وفجوره، فقد اختلف أصحابنا في وجوب الحجر عليه:

فقال أبو العباس بن سريج يجب الحجر عليه بفسقه بأن كان مصلحاً في ماله، لأنه لما كان فساد الدين شرطاً في استدامة الحجر، كان شرطاً في ابتداء الحجر، كالفساد في المال.

وقال أبو اسحاق المروزي: لا يجوز الحجر عليه إذا كان مصلحاً في ماله لعدم التأثير به. وفرق بين الكبير والصغير في استدامة الحجر على الصغير بإفساد الدين، وعدم ابتداء الحجرعلى الكبير بإفساد الدين: بأن الصغير قد ثبت الحجر عليه فلم يرتفع إلا برشد كامل، والكبير مرفوع الحجر فلم يثبت عليه إلا بسفه كامل.

فصل: فأما الشحيح الذي يبخل على نفسه في النفقة، فلا يأكل حسب كفايته، ولا يلبس بقدر حاله، شحاً على نفسه وبخلاً وحباً للمال وجمعاً، فقد كان أبو العباس بن سريج وأبو سعيد الاصطخري يوجبان الحجر عليه بالشح والتقصير، كما يوجبه بالسرف والتبذير. لأن الله تعالى فقد نهى عنهما فقال: ﴿وَلَا تَجْعَلْ يَدَكَ مَغْلُولَةً إِلَىٰ عُنُقِكَ وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ﴾[1].

وذهب سائر أصحابنا: إلى أنه لا حجر عليه، لأن الحجر يفيد جمع المال وامساكه، لا إنفاقه. وليس كل منهي عنه يوجب الحجر. فمن قال: بإيجاب الحجر عليه، لم يمنع من عقوده ولا كفه عن التصرف في ماله، ولكن ينفق عليه جبراً بالمعروف من ماله، إلا أن يخاف عليه إخفاء ماله لعظم شحه، فيمنع من التصرف فيه.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا حَجَرَ الإِمَامُ عَلَيْهِ لِسَفَهِهِ وَإِفْسَادِهِ مَالَهُ أشهد عَلَى ذَٰلِكَ)[2].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأن حجر السفه لا يثبت إلا بحكم حاكم، بخلاف حجر الصغر والجنون. لأن ثبوت السفه يكون باجتهاد، فلم يثبت إلا بحكم حاكم. والصغر والجنون لا اجتهاد فيه، وهو بالنص، فثبت بغير حكم. وسواء كان للسفيه أب وأم، فإذا ثبت عند الحاكم من سفهه ما يستحق به الحجر عليه، حجر عليه.

وحجر السفه أعم من حجر الفلس لأن حجر الفلس يختص بماله دون عقوده التي لا تعلق لها بماله، وحجر السفه عام في جميع عقوده. فيقول في السفه: قد حجزت على فلان، بخلاف الفلس في الوجهين الماضيين، لأن لفظ الحجر أعم.

فإذا حجر عليه قولاً على ما مضى، أشهد على نفسه بالحجر عليه. وهل ذلك شرط في ثبوت الحجر عليه أم لا؟ على وجهين:

---

(١) سورة الإسراء، الآية: ٢٩.

(٢) مختصر المزني: ص ١٠٥.

أحدهما: لا يفتقر إلى الشهادة، لأن الحجر حكم، وثبوت الحكم لا يفتقر إلى الإشهاد كسائر الأحكام.

والوجه الثاني: وبه قال أبو علي بن أبي هريرة: إن الحجر لا يصح إلا بالإشهاد عليه، لأن المقصود بالحجر إظهار منعه من التصرف في ماله ليتحفظ الناس من معاملته، وهذا المعنى لا يحصل إلا بالإشهاد فعلى هذا، لا يتم الحجر قبل الإشهاد، ويكون جائز التصرف؛ فإذا أشهد، فقد تم الحجر. ويختار له بعد الإشهاد أن ينادي في الناس بإيقاع الحجر عليه، ليكون أشهر لأمره. فإن لم يناد فيهم بالحجر عليه، جاز وكان تصرفه بعد الإشهاد مردوداً وسواء أظهر الشاهدان ذلك، أو كتماه. والله أعلم

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَمَنْ بَايَعَهُ بَعْدَ الحَجْرِ فَهُوَ المُتْلفُ لِمَالِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. مبايعة المحجور عليه بالسفه باطلة. فإن كان السفيه هو البائع، انتزع ما باع من يد مشتريه لفساد العقد فيه. فإن تلف المبيع في يد المشتري، كان مضموناً عليه بالقيمة، دون الثمن.

وإن كان السفيه هو المشتري، كان لبائعه انتزاع ذلك من يد السفيه إن كان باقياً. وإن كان تالفاً، فلا ضمان على السفيه، لا في الحال ولا بعد فك الحجر، لأن من عامله مع ظهور حاله صار هو المتلف لماله. ولكن، هل يلزمه غرم ذلك فيما بينه وبين الله تعالى بعد فك الحجر عنه فتياً لا حكماً؟ على وجهين:

أحدهما: لا يلزمه. لأن اختيار المالك لمعاملته رضا منه باستهلاكه، وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة.

والوجه الثاني: يلزمه غرمه فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه مكلف استهلاك مالٍ على طريق المعاوضة، وهذا قول أبو ثور.

ولكن لو ضمن مالاً بطل ضمانه، ولم يلزمه الغرم حكماً، ولا فيما بينه وبين الله تعالى وجهاً واحداً. لأنه ليس في الضمان استهلاك، وإنما هو مجرد التزام، إذا بطل سقط حكمه.

فصل: فأما عقد الخلع فيصح من السفيه، وإن كان من عقود المعاوضات. لأنه لما

---
(١) مختصر المزني: ص ١٠٥.

صح منه الطلاق بغير عوض، فأحرى أن يصح منه بعوض، ويكون ذلك استفادة مال محض. كما يصح منه قبول الهبة والوصية لأنه استفادة مال محض. ولا يجوز له بعد خلعه أن تسلم الزوجة مال الخلع إليه، وتسلمه إلى وليه لأنه بالحجر قد سقط حقه من قبض ماله. فإن قبضه السفيه فبادر الولي إلى أخذه منه، سقط عن الزوجة. وإن أتلفه السفيه، كان الحق باقياً في ذمة الزوجة، وعليها دفعة ثانية إلى الولي، ولا رجوع لها على السفيه بما دفعت إليه إذا استهلكه.

وهكذا إذا قبل السفيه الهبة والوصية، لم يجز أن يسلمها إليه. فإن سلم ذلك إليه فاستهلكه، وجب على من أقبضه ذلك غرم الوصية، دون الهبة؛ لأنه قد ملك الوصية بقبوله فيلزم غرمها له، ولم يملك الهبة بقبوله، فلم يجب غرمه.

فصل: فأما عقد الإجارة فلا يصح منه مستأجراً كان أو مؤجراً، لأن الإجارة عقد معاوضة كالبيع.

فإن أجر نفسه، فإن كان فيما هو مقصود من عمله مثل أن يكون صانعاً وعمله مقصود في كسبه، لم يصح ذلك منه، وتولى الولي العقد عليه. وإن كان غير مقصود مثل أن يؤجر نفسه في حج أو وكالة في عمل، وليس عمله مقصوداً في كسبه لاستغنائه بماله، صحت الإجارة، لأنه لما جاز أن يتطوع عن غيره بهذا العمل، فأولى أن يجوز منه بعوض.

فصل: فأما هبته وعتقه وكتابته، فكل ذلك باطل لا يصح منه، ولكن يصح منه التدبير والوصية، لأن تأثير ذلك بعد زوال الحجر بالموت.

فلو مرض السفيه وأعتق في مرضه ثم مات، فقد اختلف أصحابنا: هل يغلب عليه حجر السفه، أو حجر المرض؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يغلب حجر السفه لأنه أسبق، ولأن حدوث ما يوجب الحجر لا يرفع حكم الحجر المتقدم، فعلى هذا يكون عتقه باطلاً.

والوجه الثاني: أن حجر المرض أغلب، لأنها حال تستحق حفظ المال فيها للوارث. فعلى هذا، يكون عتقه ماضياً في ثلثه كالمريض.

فصل: فأما مداييناته فتنقسم ثلاثة أقسام:

قسم: يستقر وجوبه باختيار أربابه، كالقرض ومهور الزوجات وأثمان المبيعات، فهذا لا يضمنه، وغرمه لا يلزمه.

وقسم: يستقر وجوبه بلا اختيار أربابه، كأروش الجنايات، وقيم المتلفات، فهذا يجب عليه ضمانه، ويلزمه غرمه؛ لأنه لما لزم ذلك الصبي والمجنون، فأولى أن يجب على السفيه.

قسم: يكون السبب فيه باختيارهم وحصول الوجوب بغير اختيارهم، كالوديعة إذا تلفت، والعارية إذا استهلكت، فلا يخلو تلف ذلك وهلاكه: من أن يكون بفعل السفيه، أو بغير فعله.

فإن كان تلفه بغير فعله، كان ضمانه هدراً، وهو تالف من مال مالكه، لأنه بتسليمه قد عرضه لهلاكه.

وإن كان تلفه بفعله، بأن أتلف الوديعة التي أودعها، أو استهلك العارية التي استعارها، ففي وجوب غرم ذلك وجهان:

أحدهما: غرمه على السفيه واجب، تغليباً لحكم الإتلاف، لأنه بغير اختياره.

والوجه الثاني: لا غرم عليه، تغليباً لحكم التسليم، لأنه كان باختياره.

فصل: فأما إقراره فينقسم ثلاثة أقسام:

قسم: يلزم.

وقسم: لا يلزم.

وقسم: مختلف في لزومه.

فأما ما يلزم إقراره فيه، فهو ما تعلق ببدنه. كإقراره بما يوجب حداً أو قوداً، فيستوفي ذلك منه لانتفاء التهمة عنه، ولتعلقه بما لم يقع الحجر عليه. فلو عفا من أقر له بالقود إلى المال، ثبت له المال، لأنه فرع لقود ثبت بالإقرار. وهكذا لو أقر بابن ثبت نسبه بإقراره، فلو أقر بابن أمة ثبت النسب بإقراره، وصار حراً.

وقال أبو ثور: إقراره به باطل، لا يثبت نسباً ولا يوجب عتقاً. وقال محمد بن الحسن: يثبت نسبه، ويصير حراً يسعى في قيمته. وما قلناه أولى، لأنه لو أولد أمته ثبت نسبه وصار حراً، فكذلك إذا كان به مقراً.

وأما ما لا يلزم بإقراره، فهو ما تعلق بالمال لحصول التهمة فيه، سواء كان المال عن معاملة أو إتلاف. لكن إن كان عن إتلاف، لزم بقيام البينة. وإن كان عن معاملة، لم يلزم وإن قامت به البينة. فلو فك حجره، لم يلزمه في الحكم ما كان أقر به.

وأما فيما بينه وبين الله تعالى، فإن كان ما أقر به قد لزمه قبل حجره بقرضٍ كان اقترضه، أو بيع كان ابتاعه، لزمه فيما بينه وبين الله تعالى أداء ذلك بعد فك حجره. وإن كان لزوم ذلك في حال الحجر، ففي لزوم ذلك فيما بينه وبين الله تعالى وجهان على ما مضى.

وأما ما اختلف قوله في لزوم إقراره به فشيئان:

أحدهما: جنايات الخطأ على النفوس، ففي لزومها بإقراره قولان:

أحدهما: لا يلزم لتعلقها بالمال، كإقراره باستهلاك الأموال.

والقول الثاني: أنها تلزم بإقراره لتغليظ النفوس، وإنه لما ثبت عمدها بإقراره، ثبت خطؤها بإقراره.

وأما الثاني: فهو السرقة يقرُّ بها، ففي لزومها ووجوب غرمها بإقراره قولان:

أحدهما: تلزم ويجب غرمها، لأنها توجب القطع الذي ينفي التهمة عنه في إقراره به.

والقول الثاني: لا تلزمه، لأن أصل إقراره إنما هو بمال لا يثبت بإقراره. فعلى هذا، في وجوب قطعه وجهان.

فأما إقرار وليه عنه فلا يصح فيما يتعلق بالأبدان، ولا فيما وجب في المال عن جناية وإتلاف، ولا فيما تولاه السفيه من عقوده. ويصح فيما تولاه الولي من البيع والشراء في ماله، فيقر بالبيع وقبض الثمن، وبالابتياع وقبض المبيع، وبصفات العقد من حلول أو تأجيل وثبوت خيار وانبرام عقد عن تراض. وعلى هذا، يحمل تأويل قوله تعالى: ﴿فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾[1].

فصل: فأما عباداته فتصح منه بدخوله فيها فرضاً كانت أو تطوعاً. فلو أحرم بالحج انعقد إحرامه، فإن كان الحج تطوعاً لم يجز أن يعطي نفقة الحج من ماله. وإن كان فرضاً،

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

وجب على وليِّه أن ينفق عليه من ماله نفقة حجه. فلو أفسده بوطىء، مكنه من نفقة المضي فيه حتى ينهيه. فأما نفقة القضاء فعلى وجهين:

أحدهما: يعطيه لوجوبه، وهو قول محمد بن الحسن.

والثاني: لا يعطيه، لتعلقه بإفساده، وأنه لا يؤمن منه في الثاني مثل ما كان منه في الأول، وهذا قول أبي ثور.

فلو وجب عليه في زمان حجره كفارة، فإن كانت كفارة تخيير بين الصوم وغيره، كفر بالصوم ولم يجز أن يكفر بالمال. وإن كانت كفارة ترتيب، فلا يجوز أن ينقل إلى الصوم إلا بالإعسار، فهل يجري عليه حكم اليسار أو الإعسار؟ على وجهين:

أحدهما: يجري عليه حكم اليسار لوجود ملكه، فلا يجوز أن يكفر بالصوم، ويكفر بالمال.

والوجه الثاني: يجري عليه حكم الإعسار، لأنه بالحجر أسوأ حالاً من المعسر، فيكفر بالصوم.

فعلى هذا، لو لم يكفر بالصوم حتى فك حجره، فإن قيل: إن المراعى بالكفارة حال الأداء، لم يجزه الصوم. وإن قيل: إن المراعي بالكفارة حال الوجوب، فعلى وجهين:

أحدهما: يجزيه الصوم اعتباراً بحاله عند الوجوب.

والثاني: لا يجزيه إلا المال، لأنه كان موسراً، وإنما ثبوت الحجر عليه كان مانعاً.

مسألة: **قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَتَى أُطْلِقَ عَنْهُ الْحَجْرُ، عَادَ إِلَى حَالِ الحَجْرِ، حُجْرِ عَلَيْهِ. وَمَتَى رَجَعَ بَعْدَ الْحَجْرِ إِلَى حَالِ الإِطْلَاقِ أُطْلِقَ عَنْهُ)**[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا حجر الحاكم على رجل بالسفه، ثم ظهر رشده، وجب على الحاكم أن يفك حجره، وفي الرشد الذي يوجب فك حجره وجهان:

أحدهما: الصلاح في الدين، والإصلاح في المال. وهذا قول أبي العباس بن سريج. فإن وجد منه الصلاح في الدين ولم يوجد الصلاح في المال، أو وجد منه الإصلاح في المال ولم يوجد منه الصلاح في الدين، وجب استدامة الحجر عليه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٥.

والوجه الثاني: أنه الإصلاح في المال وحده، وهو قول أبي إسحاق المروزي.

فإذا ظهر رشده على ما ذكرنا من الوجهين. لم ينفك الحجر عنه إلا بحكم الحاكم. لأن ما يوجب زوال الحجر يفتقر إلى اجتهاد، بخلاف الجنون الذي الأفاقة منه ظاهرة، ولا يفتقر إلى اجتهاد.

ويرتفع الحجر بوجود الإفاقة من غير حكم، وسواء كانت الولاية على السفيه مردودة إلى أبيه، أو غيره. بخلاف الصغير، لأن ابتداء الحجر على السفيه لا يثبت إلا بحكم حاكم، فلم يرتفع إلا بحكم حاكم. وابتداء الحجر على الصغير يثبت بغير حكم حاكم، فجاز أن يرتفع مع الأب بغير حكم. فإذا فك الحاكم الحجر عنه بعودة إلى حال الرشد، جاز تصرفه. فلو عاد إلى حال التبذير والسفه، وجب على الحاكم أن يعيد الحجر عليه. فإن عاد إلى حال الرشد رفع الحجر عنه. فعلى هذا، يكون الحكم كلما عاد إلى السفه حجر عليه، وإن عاد إلى الرشد فك الحجر عنه، لأن كل علة أوجبت حكماً اقتضى أن يكون زوال تلك العلة موجباً لزوال ذلك الحكم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ قِيلَ: فَلَمْ أَجَزْتَ إِطْلَاقَهُ عَنْهُ وَهُوَ إِتْلَافُ مَالٍ؟ قِيلَ: لَيْسَ بِإِتْلَافِ مَالٍ. أَلَا تَرَى أَنَّهُ يَمُوتُ فَلَا تُورثُ عَنْهُ امْرَأَتُهُ، وَلَا تَحِلُّ لَهُ فِيهَا هِبَةٌ وَلَا بَيْعَةٌ، وَيُورَثُ وَيُبَاعُ عَلَيْهِ، وَيُمَلَّكُ ثَمَنَهُ. فَالْعَبْدُ مَالٌ بِكُلِّ حَالٍ، وَالْمَرْأَةُ لَيْسَتْ بِمَالٍ. أَلَا تَرَى أَنَّ الْعَبْدَ يُؤْذَنَ لَهُ فِي التِّجَارَةِ وَالنِّكَاحِ، فَيَكُونَ لَهُ الطَّلَاقُ وَالإِمْسَاكُ دُونَ سَيِّدِهِ، وَلِمَالِكِهِ أَخْذُ مَالِهِ كُلِّهِ دُونَهُ؟)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. طلاق المحجور عليه بالسفه واقع، وهو قول جمهور الفقهاء.

وقال ابن أبي ليلى، وأبو يوسف: طلاقه لا يقع، لأن الطلاق إتلاف مال كالعتق، ولأن البضع يملك بالمال ويزول عنه المال بالمال؛ فلما لم يصح عتقه وجب أن لا يصح طلاقه. ولأن شاهدين لو شهدا على رجل بالطلاق الثلاث، ومضى الحكم بشهادتهما، فرجع الشاهدان، لزمهما مهر المثل. فلو لم يكن ذلك إتلاف مال، ما لزمهما غرم المال.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٥.

دليلنا: عموم قوله تعالى: ﴿فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ﴾[1] وقوله ﷺ: «الطَّلَاقُ لِمَنْ أَخَذَ بِالسَّاقِ»[2].

ولأن السفيه أحسن حالاً من العبد لحريته وثبوت ملكه، فلما صح طلاق العبد، فأولى أن يصح طلاق السفيه. ولأنه يستفيد بطلاقه سقوط النفقة إن كان بعد الدخول، ونصف المهر إن كان قبل الدخول، فلم يجز أن يمنع من هذه الفائدة، ويجبر على التزام المنفعة.

وقولهم: إنه مال كالعبد. غلط، لأن العبد يصح بيعه، ورهنه، ويورث عنه. وغرم الشاهدين المهر إنما كان لأجل ما أوقعا من الحيلولة بين الزوجين، وتفويت الاستمتاع عليهما وإن لم يتلقّيا بشهادتهما مالاً. كما لو شهدا بما أوجب القود لزمتهما الدية، وإن لم يكن الحق مالاً. والله أعلم بالصواب.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ٢٣٠.

(٢) حديث ابن عباس: أخرجه ابن ماجه في الطلاق (٢٠٨١) وفي إسناده ابن لهيعة وهو ضعيف. والبيهقي ٧/ ٣٧٠ والدارقطني ٤/ ٣٧ وفيه: أحمد بن الفرج أبو عتبة الحمصي المعروف بالحجازي، قال ابن عدي: لا يحتجّ به، وأخرجه الطبراني وفي إسناده يحيى الحماني وهو ضعيف الحديث.
وأخرجه الدارقطني من طريق عكرمة، ولم يذكر ابن عباس، وفي إسناده ابن لهيعة وفيه كلام مشهور. وفي التعليق المغني: قال ابن القيم: أن حديث ابن عباس وإن كان في إسناده ما فيه، فالقرآن يعضده وعليه عمل الناس.

كتاب الصلح(١)

أملي على كتاب أبي يوسف، وما دخل فيه من اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (رُوِيَ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أَنَّهُ قَالَ: الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ المُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً)(٢).

قال الماوردي: والأصل في جواز الصلح: الكتاب، والسنة، والأثر، والاتفاق.

فأما الكتاب، فقوله تعالى: ﴿لَا خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلَّا مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلَاحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾(٣). وقال تعالى: ﴿وَإِنِ امْرَأَةٌ خَافَتْ مِنْ بَعْلِهَا نُشُوزاً أَوْ إِعْرَاضاً فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا أَنْ يُصْلِحَا بَيْنَهُمَا﴾(٤) الآية. وقال تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلَاحاً يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا﴾(٥).

وأما السنة: فما روى عبد الله، عن أبي أيوب الأنصاري قال: قال رسول الله ﷺ: «يَا أَبَا أَيُّوبَ أَلَا أَدُلُّكَ عَلَى صَدَقَةٍ يَرْضَى اللَّهُ مَوْضِعَهَا؟». قُلْتُ: بَلَى يَا رَسُولَ اللَّهِ. قَالَ: «تَسْعَى فِي صُلْحٍ بَيْنَ اثْنَيْنِ إِذَا تَفَاسَدُوا، وَتُقَارِبُ بَيْنَهُمْ إِذَا تَبَاعَدُوا»(٦).

وروي أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً»(٧).

---

(١) في مختصر المزني: باب الصلح. والصلح لغةً: قطع المنازعة، والصلحة مأخوذة من قولهم: صلح الشيء، بضمّ اللام وفتحها. والأصل فيه قوله تعالى: ﴿والصلح خير﴾. وقال النووي في الروضة ٤/ ٤٢٧ «فسّره الأئمة بالعقد الذي تنقطع به خصومة المتخاصمين، وليس هذا على سبيل الحدّ، بل أرادوا ضرباً من التعريف، إشارة إلى أن هذه اللفظة تستعمل عند سبق المخاصمة غالباً، ثم أدخل الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم في الباب التزاحم المشترك، كالشوارع ونحوها».

(٢) مختصر المزني: ص ١٠٥ والأم ٣/ ٢٢١.

(٣) سورة النساء، الآية: ١١٤.

(٤) سورة النساء، الآية: ١٢٨.

(٥) سورة النساء، الآية: ٣٥.

(٦) هو في المجمع للهيثمي ٨/ ٨٣.

(٧) البيهقي ٦/ ٦٣ وعند أبي داود (٣٥٩٤).

وروي كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني، عن أبيه، عن جده أن النبي ﷺ قال لبلال بن الحرث: «اِعْلَمْ أَنَّ الصُّلْحَ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ، إِلَّا صُلْحاً حَرَّمَ حَلَالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً، وَالْمُسْلِمُونَ عَلَى شُرُوطِهِمْ، إِلا شَرْطاً حَرَّمَ حَلَالاً أَوْ أَحَلَّ حَرَاماً»[١].

وروي أن النبي ﷺ مرّ بكعب بن مالك وهو يلازم غريماً له يقال له: ابن أبي حدرد وقد ارتفعت بينهما خصومةٌ، فقال النبي ﷺ لكعب: «خُذْ مِنْهُ الشَّطْرَ وَدَعِ الشَّطْرَ»[٢].

وأما الأثر: فما روى الشافعي عن عمر رضي الله عنهما: أنه قال في عهده إلى أبي موسى الأشعري: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً»[٣] وروي: أن أكثر قضايا عثمان رضي الله عنه كانت صلحاً.

وقد قيل في تأويل قوله تعالى: ﴿وَآتَيْنَاهُ الْحِكْمَةَ وَفَصْلَ الْخِطَابِ﴾[٤] ثلاثة تأويلات:

أحدها: الصلح بين الخصوم.

والثاني: فصل الحكم بنفسه من غير استخلاف فيه.

والثالث: سرعة القضاء وبت الحكم.

وأما الاتفاق: فهو إجماع المسلمين على جواز الصلح وإباحته بالشرع. وإنما اختلف أصحابنا: هل هو رخصة لاستثنائه من جملة محظورة، أو هو مندوب إليه لكونه أصلاً بذاته؟ على وجهين:

أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي ابن أبي هريرة: إنه رخصة لأنه فرع لأصول يعتبر بها في صحته وفساده، وليس بأصلٍ ذاته، فصار لاعتباره بغير رخصة مستثناة من جملة محظورة.

والوجه الثاني: وإليه ذهب أبو الطيب بن سلمة: أنه مندوب إليه لكونه أصلاً بذاته، قد جاء الشرع به، وجرى العمل عليه، وقد أشار إلى القول به أبو حامد.

---

(١) الحديث أخرجه الترمذي في الأحكام (١٣٥٢) وقال: حديث حسن صحيح وابن ماجة (٢٣٥٣).

(٢) حديث كعب بن مالك: وبلفظ: «يا كعب، ضعْ الشطر من دينك.. وقمْ فاقضه» أخرجه البخاري في الخصومات (٢٧١٠) وفي الصلح (٢٧١٠) ومسلم في المساقاة (١٥٥٨) و(٢١) وأبو داود (٣٥٩٥) وابن ماجة (٢٤٢٩) والدارمي ٢/ ٢٦١ والبيهقي ٦/ ٥٢ وأحمد ١/ ٣٩٠ والبغوي (٢١٥١).

(٣) الأم: ٣/ ٢٢١.

(٤) سورة صٓ، الآية: ٢٠.

فصل: فأما قوله: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحلّ حراماً أو حرّم حلالاً» فقد اختلف أصحابنا فيه: هل هو عام، أو مجمل؟ على وجهين:

أحدهما: أنه مجمل، وهو قول من جعله معتبراً بغيره، ولم يجعله أصلاً بذاته.

والثاني: أنه عام، وهذا قول من جعله أصلاً بذاته.

فأما الصلح الذي يحرم الحلال فهو: أن يصالحه على دار على أن لا يسكنها، أو يصالح زوجته على أن لا يتزوج عليها، أو على أن لا يطلقها، فيحرم على نفسه بالصلح ما أحلّ الله تعالى له من السكنى والنكاح والطلاق.

وأما الصلح الذي يحلُّ الحرام فهو: أن يصالحه من الدراهم على أكثر منها، أو على دنانير مؤجلة، أو على خمر، أو خنزير. فيستحل بالصلح ما حرّم عليه من الربا والخمر والخنزير.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَمَا جَازَ فِي الْبَيْعِ جَازَ فِي الصُّلْحِ وَمَا بَطُلَ فِيهِ بَطُلَ فِي الصُّلْحِ)[١].

قال الماوردي: هذا صحيح. وجملة الصلح ضربان: معاوضة، وحطيطة.

فأما المعاوضة: فهو أن يصالح على حقه من غير جنسه، مثل: أن يصالح على دراهم بدنانير، أو دنانير بدراهم، فهذا بيع يجري عليه حكم، فإن كان مما يدخله الربا كالصلح على الدراهم بالدنانير أو على البر بالشعير لزم فيه القبض قبل الافتراق، ودخله خيار المجلس دون خيار الشرط.

وإن كان مما لا ربا فيه جاز فيه الافتراق قبل القبض، وثبت فيه خيار المجلس وخيار الثلاث وصح فيه دخول الأجل وأخذ الرهن فيه، فيعتبر في صحته وفساده ما يعتبر في صحة البيع وفساده، وهو الذي بدأ به الشافعي.

وأما الحطيطة: فهو أن يصالحه من حقه على بعضه، وذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون الحق في الذمة.

والثاني: أن يكون عيناً قائمه.

فإن كان الحق في الذمة، فصورته: أن يدَّعي عليه مائة دينار فيعترف بها، فيصالحه

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٥.

منها على خمسين ديناراً، فهذا يكون إبراء. فإن حط الباقي بعد الخمسين بلفظ الإبراء فقال: قد صالحتك على خمسين ديناراً وأبرأتك من الباقي صحَّ، إلا أن يخرج الإبراء مخرج الشرط فيقول: إن أعطيتني خمسين ديناراً فقد أبرأتك من الباقي. أو يقول: قد أبرأتك من خمسين ديناراً إنْ دفعت إلى خمسين ديناراً، فلا يصح هذا الإبراء.

وكذلك لو قال: إن أقررت لي بحقي فقد أبرأتك من خمسين ديناراً، فأقر، لم يبرأ من شيء لأن تعليق البراءة بشرط لا يصح. فإن حط الباقي بغير لفظ الإبراء فقال: قد صالحتك من المائة على خمسين، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قياس قول أبي إسحاق المروزي: لا يصح.

والثاني: وهو قياس قول أبي الطيب بن سلمة: يصح. وتوجيه هذين المذهبين مبني على ما نذكره عنهما فيما بعد.

وإن كان الحق عيناً قائمة فصورته: أن يدعى داراً في يد رجل فيعترف له بها ويصالحه منها على نصفها، فهذا يكون هبة. فإن فعل ذلك بلفظ الهبة فقال بعد أن أقر له بالدار: قد وهبت لك نصفها، صحّ واعتبر فيه ما يعتبر في صحة الهبة من القبول ومرور زمان القبض. وهل يحتاج إلى إذنه في القبض؟ على قولين:

وإن لم يذكره بلفظ الهبة بل قال: صالحتك من هذه الدار على نصفها. ففيه وجهان:

أحدهما: وهو نص قول أبي إسحاق المروزي: إنه لا يجوز، لأنه مالك لجميع الدار، فلم يجز أن يصالحه على بعضها، كما لا يجوز فيما نص عليه الشافعي: أن يصالحه على سكناها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي الطيب بن سلمة: إنه يجوز، لأنه لما جاز أن يصالحه على ما في الذمة على بعضه، جاز أن يصالحه عن الأعيان على بعضها. . ومن هذين يخرج الوجهان الأولان، وكل ذلك بناء على اختلاف المذهبين في الصلح: هل هو فرع لغيره، أو أصل بذاته؟.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ صَالَحَ رَجُلٌ أَخَاهُ مِنْ مُوَرِثِهِ، فَإِنْ عَرَفَا مَا صَالَحَهُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ يَجُوزُ فِي الْبَيْعِ، جَازَ)[1].

(١) مختصر المزني: ص ١٠٥.

قال الماوردي: وهذا صحيح. ومقصود الشافعي بها تفسير قوله، فما جاز في البيع جاز في الصلح، وما بطل فيه بطل في الصلح. فإذا ورث أَخَوان تركةً، صالح أحدهما الآخر على مال من حقه لتصير له التركة كلها بإرثه وصلحه، فهذا في حكم البيع لأنه يصير مشترياً من أخيه نصيبه من الميراث، فيصح بثلاثة شروط يعتبر بها صحة البيع:

أحدها: معرفة التركة بالمشاهدة لها والإحاطة بها.

والثاني: معرفة قدر ما يستحقه المصالح بالإرث منها.

والثالث: كون العوض معلوماً تنتفي الجهالة عنه.

فإن لم يشاهد التركة، أو جهلا حصة المصالح، أو قدر العوض، بطل الصلح.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوِ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ حَقًّا فَصَالَحَهُ مِنَ دَعْوَاهُ وَهُوَ مُنْكِرٌ، فَالصُّلْحُ بَاطِلٌ، وَيَرْجِعُ المُدَّعِي عَلَى دَعْوَاهُ، وَيَأْخُذُ مِنْهُ صَاحِبَهُ مَا أَعْطَاهُ)(١).

قال الماوردي: وهذا كما قال. الصلح على الإنكار باطل، حتى يصالح بعد الإقرار بالدعوى.

وقال أبو حنيفة ومالك: يجوز الصلح مع الإنكار، استدلالاً بعموم قوله تعالى: **﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾**(٢) ولما روي عن النبي ﷺ أنه قال: **«كُلَّ مَا وَقَى الْمَرْءُ بِهِ عِرْضَهُ فَهُوَ صَدَقَةٌ»**(٣).

والصدقة تستحب لباذلها، وتحل لآخذها، فهكذا الصلح. ولأنه بذل مالاً في الصلح مختاراً، فصحّ، كالمقرِّ به. ولأنه مدع لم يعلم كذبه، فصح صلحه كالمقر له. ولأن

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٥ ـ ١٠٦.

(٢) سورة النساء، الآية: ١٢٨.

(٣) حديث جابر: «كل معروف صدقة، وما أنفق الرجل على نفسه وأهله كتب له صدقة، وما وقى به المرء عرضه كتب له صدقة، وما أنفق المؤمن من نفقةٍ، فأن خلفها على الله فالله ضامن إلا ما كان في بنيان أو معصية» فقلت لمحمد بن المنكدر: ما وقى به الرجل عرضه؟ قال: ما يعطي الشاعر وذا اللسان المتقيَّ.
أخرجه الحاكم ٢/ ٥٠ وقال: حديث صحيح ولم يخرجاه، وتعقبّه الذهبي فقال: في إسناده: عبد الحميد بن الحسن الهلالي ضعّفوه: والدارقطني ٣/ ٢٨ وأخرجه «كل معروف صدقة» البخاري في الأدب (٦٠٢١) والترمذي (١٩٧٠) والبيهقي ١٠/ ٢٤٢ والبغوي (١٦٤٦).
وحديث الحاكم: فيه عبد الحميد الهلالي ضعّفه ابن المديني، وأبو زرعة والدارقطني، ووثّقه ابن معين.

اختلاف الأسامي يوجب اختلاف المعاني، فلما اختص الصلح باسم غير البيع، وجب أن يكون مخالفاً لحكم البيع. ولو كان لا يجوز إلا بعد الإقرار، لكان بيعاً محضاً، ولم يكن لاختصاصه باسم الصلح معنى ولأن الاعتبار في الأصول بالآخذ دون الباذل، ألا ترى أن شاهداً لو شهد على رجل بعتق عبده فردت شهادته، ثم ابتاعه الشاهد منه، حلّ له أخذ ثمنه لاعتقاد إحلاله؛ وإن كان الباذل معتقداً لتحريمه، فكذلك الصلح يحل للأخذ وإن كان الباذل منكراً؟.

ولأن في المنع من الصلح مع الإنكار منعاً من الصلح بكل حال، لأنه يبعد الصلح مع الإقرار، فلم يبق له محل إلا مع الإنكار.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ﴾[1] والصلح على الإنكار من أكل المال بالباطل، لأنه لم يثبت له حق يجوز أن يعاوض عليه.

وما روي عنه ﷺ أنه قال: «الصُّلْحُ جَائِزٌ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ إِلَّا صُلْحاً أَحَلَّ حَرَاماً أَوْ حَرَّمَ حَلَالاً»[2].

والصلح على الإنكار محرم للحلال ومحل للحرام، لأنه يحل المعاوضة على غير حق ثابت وذلك حرام، ويحرّم على المدعى باقي حقه وذلك حلال. ولأنه صلح على مجرد الدعوى فوجب أن يكون باطلاً، كما لو ادعى قتل عمد فصولح عليه مع الإنكار. ولأنه اعتاش عن حق لم يثبت له، فوجب أن لا يملك عوضه.

أصله: إذا ادعى وصية فصولح بمال. ولأنه صالح من لم يعلم صدقه، فوجب أن لا يصح كما لو علم كذبه.

ولأنه نوع معاوضة لا يصح مع الجهالة، فوجب أن لا يصح مع الإنكار كالبيع. ولأن الصلح لما لم يجز على مجهول الوصف، فأولى أن لا يجوز على مجهول العين. ولأن المبذول بالصلح لا يخلو من أربعة أحوال:

إما: أن يكون مبذولاً لكف الأذى.

أو: يكون مبذولاً لقطع الدعوى.

أو: يكون مبذولاً للإعفاء من اليمين.

---

(١) سورة البقرة، الآية: ١٨٨. • (٢) سبق تخريجه.

أو: يكون مبذولاً للمعاوضة.

فلم يجز أن يكون مبذولاً لدفع الأذى، لأنه من أكل المال بالباطل. ولم يجز أن يكون لقطع الدعوى، لما فيه من اعتبار ما يمنع من الربا وهو: إذا كان الحق ألفاً لم يجز أن يصالحه على أكثر منها. ولو كان دراهم صولح عليها بدنانير، لم يجز أن يفارقه قبل قبضها. ولو كان لقطع الدعوى لجاز الافتراق، ولم يجز أن يكون للإعفاء من اليمين لما ذكرنا من الأمرين، فثبت أنه مبذول للمعاوضة. والمعاوضة تصح مع الإقرار وتبطل مع الإنكار، لأن ما لم يجب من الحقوق لم يجز المعاوضة عليه.

فأما الجواب عن استدلالهم بالآية، فهو أنها مخصوصة بما ذكرنا من الدلائل.

وأما الجواب عن استدلالهم بقوله عليه السلام: «كُلّ مَالٍ وَقَى الْمَرْءُ بِهِ عِرْضَهُ فَهُوَ صَدَقَةٌ». فهو أن يكون المقصود به البر، لأن بذل المال لا يخلو المقصود به من ثلاثة أحوال:

إما: أن يقصد به القربة وهو الصدقة.

أو: الصلة وهو الهبة.

أو: المعاوضة وهو البيع. وليس مال الصلح مقصوداً به البر ولا الصلة، فثبت أن المقصود به المعاوضة، والخبر لا يتناول المعاوضة فلم يكن فيه دلالة.

وأما الجواب عن قياسهم على المقر فهو أن المعنى في المقر: أن العوض مأخوذ عما ثبت له فصحّ، وفي المنكر عما لم يثبت له فلم يصحّ.

فأما الجواب عن استدلالهم: بأن اختلاف الأسامي يوجب اختلاف المعاني، فاقتضى أن يكون الصلح مخالفاً للبيع. فهو أن البيع مخالف للصلح من وجهين:

أحدهما: أن الصلح في الغالب يكون بعد التنازع والمخاصمة، والبيع بخلافه.

والثاني: أن المقصود بالصلح الإرفاق، وبالبيع المعاوضة. فكان افتراقهما من هذين الوجهين، لا من حيث ما ذكر من الإقرار والإنكار.

وأما الجواب عن استدلالهم: بأن الاعتبار بالأخذ دون الباذل كالشاهد، فهو أنه ليس بصحيح. والشاهد إنما كان له ابتياع من شهد بعتقه، لأنه كان محكوماً برقه لبايعه، وإن

قصد مشتريه استنقاذه من رقه، كما أن قصد من اشترى عبداً مسلماً من كافر استنقاذه من أسره.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن المنع من الصلح من الإنكار يفضي إلى المنع من الصلح بكل حال. فغلط، لأن المقر له قد يصالح أيضاً، إما لكون المقر غاصباً بيده، وإما لكونه مماطلاً بحقه؛ ويرى أن يتعجل قبض البعض بالصلح، ولا يمنع من الكل بالغصب أو المطل.

فصل: فإذا ثبت أن الصلح مع الإنكار لا يجوز. فلو صالحه مع إنكاره، كان الصلح باطلاً، ولزم رد العوض، ولم يقع الإبراء. حتى لو صالحه من ألف درهم قد أنكرها على خمسمائة درهم، وأبرأه من الباقي، لزمه في الحكم رد ما قبض، ولم يبرأ مما بقي؛ حتى لو أقام بالألف بينه عادلة، كان له استيفاء جميعها. وإنما كان كذلك لأن ما قبضه بالصلح الفاسد لا يملكه، كالمقبوض بالبيع الفاسد. والإبراء كان مقروناً بملك ما صالح به، فلما لزمه رده لعدم ملكه، بطل إبراؤه لعدم صفته. وكمن باع عبداً بيعاً فاسداً، فأذن لمشتريه في عتقه، فأعتقه المشتري بأذنه، لم يعتق لأن إذنه إنما كان مضموناً بملك العوض؛ فلما لم يملكه بالعقد الفاسد لم يعتق عليه بالإذن.

فإن قيل: أفيسعُ صاحب الحق أن يأخذ ما بذل له بالصلح مع الإنكار إذا كان محقاً؟ قيل: يسعُهُ ذلك، ويجوز فيما بينه وبين الله تعالى. فأما في ظاهر الحكم، فيجب عليه رده.

فصل: فلو ادعى عليه ألفاً فأنكره، ثم أبرأه منها قبل ثبوتها عليه ببينة أو إقرار، برىء منها؛ لأن الإبراء إذا لم يكن عن عقد صلح كان مطلقاً فصحّ. وإذا كان عن عقد صلح كان مقيداً بصحته فبطل، ببطلانه. ولكن لو لم يبرئه منها بلفظ الإبراء وقال: قد حططتها عنك، ففيه وجهان لأصحابنا:

أحدهما: أنه قد سقطت المطالبة بها وبرىء منها، لأن الحطيطة أحد ألفاظ الإبراء.

والثاني: أن المطالبة باقية ولا يبرأ من شيء، لأن الحطيطة إسقاط، وإسقاط الشيء إنما يصح بعد لزومه.

فصل: فلو ادعى عليه ألفاً أقرا بها، ثم صالحه منها على خمسمائة، وأبرأه من الباقي، فكان ما صالحه عليه من الخمسمائة مستحقاً، فالصلح صحيح والإبراء لازم؛ ويرجع على

المقر ببدل ما استحق من يده. وإنما كان كذلك لأن ما في الذِّمم من الحقوق إذا أخذ به مال معين لم يتعين فيه إلا بأحد أمرين:

إما لاستقرار القبض باستقرار الملك، وإما لتعيينه بعقد لازم.

وهذا النوع من الصلح هو إبراء وليس بعقد من عقود المعوضات اللازمة، فغلب حكم الإبراء في صحة الصلح، ولم يغلب حكم المعاوضة في إبطال الصلح.

فصل: إذا أقر المدعى عليه بالحق ثم أنكر، جاز الصلح. وإن أنكر فصولح، ثم أقرَّ كان الصلح باطلاً، لأن الإقرار المتقدم لا يبطل بالإنكار الحادث، فصح الصلح إذا أنكر بعد إقراره لوجوده بعد لزوم الحق؛ ولم يصح الصلح إذا كان عقيب إنكاره وقبل إقراره، لوجوده قبل لزوم الحق.

فصل: فلو أنكر الحق فقامت عليه بينة عادلة، جاز الصلح عليه للزوم الحق بالبينة كلزومه بالإقرار.

فلو كان المدعى عليه على إنكاره فقال: صالحني عليه، لم يكن ذلك إقراراً، فلا يصح الصلح معه. ولو قال: ملكني ذلك، كان إقراراً يصح الصلح معه.

والفرق بينهما: أن قوله صالحني، يحتمل أن يكون أراد به قطع الخصومة وكف الأذى، فلم يصرِّ به مقراً. وقوله: ملكني، لا يحتمل فصار به مقراً. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ صَالَحَ عَنْهُ رَجُلٌ يُقِرُّ عَنْهُ بِشَيْءٍ، جَازَ الصُّلْحُ، وَلَيْسَ لِلَّذِي أَعْطَى عَنْهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيْهِ لأَنَّهُ تَطَوَّعَ بِهِ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: ما شرحه الشافعي رحمه الله في «الأم» أن يريد الرجلان الصلح ويكره المدعى عليه الإقرار. قال الشافعي رحمه الله: فلا بأس أن يقر رجل عن المدعى عليه، ثم يؤدي إلى المدعي ما يتفقان عليه، فيكون صحيحاً[2] وهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون الدعوى حقاً في الذمة.

والثاني: أن تكون عيناً قائمة.

فإن كانت الدعوى حقاً في الذمة، جاز أن يصالح أجنبياً عنه بعد الإقرار عنه، سواء

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.
(٢) الأم: ٣/ ٢٢٣.

أذن له في الصلح عنه أو لم يأذن. لأن هذا الصلح إنما يوجب إسقاط الدين والبراء منه، وذلك لا يفتقر إلى إذن من عليه الدين. ألا تراه لو قضى الدين عنه بغير أذنه صحَّ، فكذلك إذا صالح عنه بغير إذنه صحَّ؟.

وإذا كان كذلك فمن شرط هذا الصلح أن يقر عنه الأجنبي بالحق، فيقول: حقك ثابت على فلان، فصالحني عنه. وهل يحتاج أن يقول: وقد أقر عندي به؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يحتاج أن يقول: حقك ثابت على فلان، وقد أقر عندي به ليصح أن يكون عالماً بثبوت الحق عليه.

والوجه الثاني: لا يحتاج إلى ذلك، لأنه قد يعلم بذلك عن إقراره تارة، وبغير إقراره أخرى. فإذا أقر فصالح عنه، صح الصلح ولزم المصلح عن غيره دفع ما اتفقا على الصلح به، وبرىء المدعى عليه من المدعي، ولم يكن للمصالح أن يرجع عليه بما صالح به، ما لم يأذن له فيه، لأنه تطوع بالغرم عنه، كما لو تطوع بقضاء دينه. فأما إذا أذن له في الصلح عنه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يأذن له في الصلح عنه دون الأداء، فيقول: صالح عني، فلا رجوع له بما أداه في الصلح، لأنه غير مأذون له في الأداء، فصار متطوعاً.

والضرب الثاني: أن يأذن له في الأداء، فينظر في إذنه بالأداء، فإن قال له: صالحْ وأدّى لترجع عليَّ، فله الرجوع عليه. وإن قال: أدِّ ولم يصرح بالرجوع، ففي رجوعه وجهان:

أحدهما: يرجع عليه لإذنه فيه.

والثاني: لا يرجع عليه، لأن إمره بالأداء يحتمل أن يكون لمعنى التطوع به، ويحتمل أن يكون لمعنى الرجوع عليه، فلم يكن الإذن صريحاً في الرجوع به.

فصل: وإن كانت الدعوى عيناً قائمة، فلا يخلو حال المصالح عنها من أحد أمرين: إما أن يصالح عنها لنفسه. أو يصالح عنها للمدعي عليه.

فإن صالح عنها للمدعي عليه، فلا يخلو: إما أن يصالح عنه بإذنه، أو بغير إذنه. فإن صالح عنه بإذنه جاز، وهل يحتاج مع الإذن للوكيل في الصلح إلى الإقرار بها عنده؟ على وجهين:

أحدهما: لا يصح الصلح عنه بمجرد إذنه للوكيل حتى يقر بها عنده للمدعي، ثم يقرّ الوكيل بذلك عند المدعي عند صلحه.

والوجه الثاني: وهو أصح: أن الصلح يصح بإذنه للوكيل، ولا يحتاج إلى إقراره عند الوكيل، لأن وكيله في الصلح نائب عنه؛ فإقراره عنده كإقراره عند نفسه. وإنما يقر الوكيل عنه على ما ذكرنا من قبل، ويزيد فيه: أن فلاناً وكلني في الصلح عنه.

فإن لم يذكر ذلك، فهو على ما نذكره من اختلاف الوجهين: هل يكون إذنه شرطاً في صحة الصلح أم لا؟.

فأما إذا صالح عنه بغير إذنه، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي علي الطبري وأبي حامد: إن الصلح جائز. لأنه لما جاز أن يصالح عما في الذمة بغير إذنه، جاز أن يصالح عن العين القائمة بغير إذنه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي الطيب بن سلمة، وأبو سعيد الأصطخري: إن الصلح باطل، ما لم يكن من المدعي عليه إذن فيه. لأن في هذا النوع من الصلح تمليك عين، فلم يصح بغير إذن من تملكها، كمن اشترى لغيره شيئاً بغيره أمره. وبهذا المعنى فارق ما في الذمة، لأن طريقه الإبراء، ويصح من الإنسان أن يبرىء غيره بغير أمره وإذنه.

فصل: فأما إذا صالح عنها لنفسه، فهذا في حكم من اشترى شيئاً مغصوباً. فيحتاج أن يعترف للمدعي بالملك، ويقر بأنه قادر على انتزاع ذلك من يد المدعى عليه، فيصح هذا ويكون بيعاً محضاً. فإن انتزع ذلك من يده برىء المدعي من ضمان العقد. وإن عاد فذكر أنه ليس يقدر على انتزاعها من يده، فالقول قوله مع يمينه إذا كذبه المدعي، وله الرجوع بالعوض الذي بذله.

فصل: إذا أوقف رجل داراً بيده ثم ادعاها مدع، فأقر له بها، كان إقراره مردوداً لخروجها عن حكم ملكه بالوقف. وهكذا لو صدقه الذين وقفت الدار عليهم، لم يبطل الوقف لما تعلق به من حقوق غيرهم من النظر الثاني أو الفقراء، لكن لا حق لمن صدق منهم في الوقف، ويكون ذلك لغيرهم ممن لم يصدق، ويصح بهذا الإقرار. وإن لم يبطل به الوقف، أن يصالح المدعي المقر له.

فلو أن رجلاً جعل داراً في يده مسجدا وخلفها، وأذن للناس فيها بالصلاة من غير أن يتلفظ بتسبيلها، لم تصر مسبلة بهذا القدر.

وقال بعض العراقيين: متى خلفها وجعلها برسم المساجد، خرجت من ملكه.

وقال آخرون: إذا صلى فيها المسلمون خرجت من ملكه، وكل هذا خطأ، لأن إزالة الأملاك لا تكون إلا بالقول كالعتق والوقف والطلاق.

فلو فعل ما ذكرنا فادعاها مدع، فأقر له بها، لزمه إقراره. ولو صالحه عليها، صح صلحه. فلو سبلها مسجدا ثم أقر بها لغيره، لم يبطل التسبيل، ولزمه غرم قيمتها لمن أقر له بها. فلو صالحه على ذلك، صح صلحه.

ولو صالحه أهل المحلة وجيران المسجد جاز، ولم يكن لهم أن يرجعوا على المسبل بشيء ما لم يأمرهم بالصلح عنه.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَشْرَعَ جَنَاحاً عَلَى طَرِيقٍ نَافِذَةٍ فَصَالَحَهُ السُّلْطَانُ، أَوْ رَجُلٌ عَلَى ذَلِكَ، لَمْ يَجُزْ، وَنَظَرَ: فَإِنْ كَانَ لاَ يَضُرُّ، تُرِكَ، وَإِنْ ضَرَّ قُطِعَ)[(١)].

قال الماوردي: صورة هذه المسألة: في رجل أشرع من داره جناحاً أو ساباطاً على طريق، فلا يخلو حال الطريق من أحد أمرين:

إما أن تكون نافذة، أو غير نافذة. فإن كانت نافذة، فلا يخلو حال الجناح من أن يكون: مضراً بالمارة، أو غير مضر.

فإن كان الجناح الخارج غير مضر بالمارة والمجتازين، ترك على حاله، ولم يكن لأحد من المسلمين أن يعترض عليه فيه، لما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أنه مرّ بدار العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه، فقطر عليه من ميزابه ماء، فأمر بقلعه، فخرج إليه العباس رضي الله عنه وقال: قلعْتَ ميزاباً نصبه رسول الله ﷺ بيده فقال عمر: وَاللَّهِ لاَ يُعَادُ إِلاَّ عَلَى ظَهْرِي، فَرَكِبَ الْعَبَّاسُ ظَهْرَهُ وَأَعَادَ الْمِيزَابَ فِي مَوْضِعِهِ[(٢)].

ولأنه لم يزل الناس قديماً يفعلونه، ورسول الله ﷺ من خلفائه يشاهدونه فلا

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

(٢) أخرجه البيهقي ٦/ ٦٦ ـ ٦٧.

ينكرونه، فدل على أنه شرع مستقر وإجماع منعقد. ولأنه لما جاز للناس الارتفاق بالطرق والمقاعد منها، جاز لهم الارتفاق بهوائها.

فإن قيل: أليس الإنسان ممنوع من وضع سارية في الطريق، وبناء دكّةٍ، وإن كان ذلك مرفقاً والعمل به جارياً فكذلك الجناح؟.

قيل: السارية والدّكة مضر بالناس لما فيه من تضايق الطريق عليهم. ولأنهم ربما ازدحموا فأضرّ بهم، أو سقط عليه ضرير لا يبصر فتأذى. وليس كذلك الجناح في الهواء. فأما إن كان الجناح مضراً بالمارة والمجتازين قلع، ولم يقر، وأمر الإمام بهدمه وإن لم يختصم الناس إليه فيه.

وقال أبو حنيفة: إن خوصم فيه إلى الإمام قلعه. وإن لم يخاصم تركه، لأن الإمام حاكم وليس بخصم، والحاكم لا يحكم إلا لطالب. وهذا الذي قاله خطأ لأمرين:

أحدهما: أن الإمام مندوب لإزالة المنكر والنيابة عن كافة المسلمين في أبواب المصالح، فوجب أن ينفرد بإزالة المنكر.

والثاني: أن ما يجوز إقراره لا يفتقر إلى الرضا به في الترك، وكذا مالا يجوز إقراره لا يفتقر إلى إنكاره في القلع. وليس هذا من طريق الحكم فلا يحكم إلا لخصم، لأن الخصم فيه لا يتعين، فإنّ كافة الناس فيه شرع واحد. فإذا وجب قلعه، فبذل صاحبه مالاً صلحاً على تركه، لم يجز لأمرين:

أحدهما: أنه صلح على إقرار منكر.

والثاني: أنه صلح على الهوى.

فأما حد ما يضر مما لا يضر، فمعتبر بالعرف والعادة، ومختلف باختلاف البلاد. وقال أبو عبيد بن حربويه من أصحابنا: حد الضرر أن لا يمكن الفارس أن يجتاز تحته برمح قائم، وحكي نحوه عن شريح.

وهذا التحديد ليس بصحيح، لأن الرماح مختلفة في الطول والقصر، ولأن هذا يؤدي إلى أن لا يخرج أحد جناحاً، لأن الرمح قد يعلو على المنازل في أكثر البلاد. ولأنه لا مضرة على صاحب الرمح في الاجتياز برمحه مائلاً، وإذا كان كذلك وجب أن يعتبر ذلك بحسب البلاد.

فإن كان البلد قد تجتاز في طرقه الجمال التي عليها الكبائس والعماريات، وذلك أعلى ما يجتاز في الطرقات، فحد الأضرار: أن لا يمكن اجتياز الكبائس والعماريات تحته، وإن أمكن اجتيازها فليس بمضر.

فإن كان البلد مما لم تجر عادة الكبائس والعماريات أن تجتاز به، وجرت عادة الجمال المحملة أن تجتاز فيه، فحد الإضرار فيها: أن لا يمكن اجتياز الجمال المحملة تحته، وإن أمكن فليس بمضر.

وإن لم تجر عادة البلد باجتياز الجمال المحملة فيه، وجرت عادة الفرسان بالاجتياز فيه، فحد الأضرار فيه: أن لا يمكن اجتياز الفارس تحته، فإن أمكن فليس بمضر.

وإن لم تجز عادة البلد باجتياز الفرسان فيه، فحد الأضرار فيه: أن لا يمكن اجتياز الرجل التام إذا كان على رأسه حمولة مستعلية، فإذا ثبت ما وصفنا فحد الأضرار معتبر بما ذكرنا.

فصل: فإن كانت الطريق غير نافذة، فليس له إخراج الجناح فيها إلا بإذن جميع أهلها، سواء كان الجناح مضراً أو غير مضر. لأن الطريق التي لا تنفذ مملوكة بين جميع أهلها، وليس لأحدهم أن يتصرف فيها إلا بحق الاجتياز؛ فلم يجز أن يتعدى إلى إخراج الجناح، كالأرض المشتركة أو الطريق المستحقة.

فإن صالح أهل الطريق على مال في إقرار الجناح، لم يجز لأنه صلح على الهوى، إلا أن يتصل بالعرضة كبناء بعضه في عرضة الطريق، ثم يرفعه فيجوز، ويكون ذلك بيعاً منهم بقدر حقوقهم من العرضة التي حصل فيها البناء. فلو أذنوا جميعاً له في إخراج الجناح، جاز مضراً كان أو غير مضر. لأنه حق قد تعين لهم لا يشركهم فيه غيرهم، وليس كالطريق النافذة التي يشترك فيها الكافة. فلو رجعوا بعد إذنهم، فإن كان رجوعهم بعد إخراج الجناح لم يكن لرجوعهم تأثير، وكان له إقرار الجناح ما بقي. وإن كان قبل إخراجه بطل ما تقدم من الإذن، فكان إخراج الجناح كمن أخرج بغير إذن، وكذا لو رجع أحدهم.

مسألة: **قَالَ الْمَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَنْ رَجُلَيْنِ ادَّعَيَا دَاراً فِي يَدَيْ رَجُلٌ فَقَالاَ: وَرِثْنَاهَا عَنْ أَبِينَا، فَأَقَرَّ لأَحَدِهِمَا بِنصفها فَصَالَحَهُ مِنْ ذَلِكَ الذي أَقَرَّ لَهُ بِهِ عَلَى شَيْءٍ كَانَ لأَخِيهِ أَنْ يَدْخُلَ مَعَهُ فِيهِ قَالَ الْمزنِيُّ: قُلْتُ أَنَا: يَنْبَغِي فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ أَنْ يَبْطُلَ الصُّلْحُ فِي**

حَقِّ أَخِيهِ، لأَنَّهُ صَارَ لأَخِيهِ بِإِقْرَارِهِ قَبْلَ أَنْ يُصَالِحَ عَلَيْهِ، إِلاَّ أَنَّ يَكُونَ صَالِحَ بِأَمرِهِ فَيَجُوزُ عَلَيْهِ)(١).

قال الماوردي: وصورتها، في أخوين ادعيا داراً في يد رجل ميراثاً عن أبيهما، أو نسبا ذلك إلى جهة يستويان فيها غير الميراث، كقولهما: ابتعناها من زيد، أو استوهبناها من عمرو، فيكون حكم هذا وحكم الميراث سواء، لأنهما نسبا ذلك إلى جهة واحدة يستويان فيها. وإذا كان كذلك، فلصاحب اليد ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يصدقهما ويقر لهما، فيلزمه بإقراره تسليم الدار إليهما.

والحال الثانية: أن يكذبهما وينكرهما، فالقول قوله مع يمينه ما لم يكن للأخوين بينة. فإن نكل عن اليمين، ردت على الأخوين، فإن حلفا كانت الدار بينهما نصفين؛ وإن نكلا أقرت الدار في يد المدعي عليه. وإن حلف أحدهما ونكل الآخر، كان نصف الدار للحالف بيمينه لا يشاركه أخوه في شيء منها، والنصف الآخر مقر في يد المدعى عليه.

والحال الثالثة: أن يصدق أحدهما على نصفها، ويكذب الآخر، فعليه اليمين لمن أنكره، وينزع النصف الذي أقر به فيكون بين المقر له وبين أخيه نصفين. وإنما كان كذلك لأنهما نسبا دعواهما إلى جهة يستويان فيها، ويشتركان فيما ملكاه بها، وكان إنكاره النصف لأحدهما يجري مجرى غصبه شيئاً من تركة أبيهما.

ولو غصب من تركة أبيهما قبل القسمة واحد من عبدين، أو دارا من دارين، كانت الدار الباقية والعبد الباقي بينهما، والمغصوب بينهما. فإن قيل: أليس لو أنكرهما ونكل، فحلف أحد الأخوين ونكل الآخر كان النصف للحالف لا يشاركه فيه الناكل؟.

قيل: نعم، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الناكل سقط حقه بنكوله، إذ قد كان يمكنه أن يصل إليه بيمينه، وليس كذلك في الإقرار.

والثاني: أنه قد تقرر في الأصول: أن أحداً لا يستحق بيمين غيره شيئاً، وليس كذلك في الإقرار.

فصل: فإذا ثبت أن النصف المقر يكون بين الأخوين معاً، فصالح الأخ المقر له بالنصف للمقر، فهذا على ضربين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

أحدهما: أن يصالحه على حقه وهو الربع، فالصلح جائز، والشفعة فيما صالح من الربع واجبة، وفيها قولان:

أحدهما: أنها تجب لأخيه المشارك في نصف الدار دون المقر.

والقول الثاني: أنها تجب لأخيه وللمقر الذي صولح، فلا يكون للأخ أن ينزع من المصالح إلا قدر حقه، وفي حقه قولان: ـ

أحدهما: أنه بينهما نصفان.

والثاني: أنه بينهما على قدر المالين أثلاثاً. وسنذكر توجيه القولين في كتاب الشفعة إن شاء الله.

والضرب الثاني: أن يصالحه على جميع النصف، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يصالحه بأذن أخيه، فالصلح في النصف كله جائز، ويكون المال الذي وقع الصلح به بين الأخوين نصفين.

والضرب الثاني: أن يصالحه بغير إذن أخيه، فيكون الصلح في حق أخيه وهو الربع باطلاً. وهل يبطل في حق نفسه أم لا؟ على قولين من تفريق الصفقة:

أحدهما: يبطل.

والثاني: لا يبطل. ويكون المصالح بالخيار بين: فسخ الصلح واسترجاع العوض، إلا أن يأذن الأخ إلى أخذه بالشفعة. وبين أن يقيم على الصلح في حقه، وبماذا يقيم عليه؟ على قولين:

أحدهما: بجميع العوض، وإلا فسخ.

والثاني: وهو أصح: يقيم عليه بحسابه وقسطه، وهو النصف.

فصل: فأما الإمام المزني فإنه نقل كلاماً محتملاً وتأوله تأويلاً فاسداً، ثم اعترض عليه بما لو صح تأويله لصح اعتراضه. وهو أنه نقل عن الشافعي: «إذا أقر لأحدهما بنصفه فصالحه من ذلك على شيء، كان لأخيه أن يدخل معه فيه».

فتأوله على أن الشافعي أجاز صلحه في جميع النصف، ثم جعل أخاه شريكاً له في مال الصلح، فاعترض عليه بأن قال: يجب أن يبطل الصلح في حق أخيه، وهذا وهم من

المزني في تأويله، لأن مراد الشافعي بقوله: كان لأخيه أن يدخل معه فيه: يعني: في النصف من الدار، لا في النصف من المال. والجواب في الصلح على ما شرحنا. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَتِ المَسْأَلَةِ بِحَالِهَا، وَادَّعَى كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهِمَا نِصْفِهَا، فَأَقَرَّ لأَحَدِهِمَا بِالنِّصْفِ، وَجَحَدَ لِلآخَرِ، لَمْ يَكُنْ لِلآخَرِ فِي ذَلِكَ حَقٌّ، وَكَانَ عَلَى خصُومَتِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ادعى أخوان دارا في يد رجل ولم ينسباها إلى أنها ملكاها بسبب واحد، فأقر المدعى عليه لأحدهما بالنصف، وأنكر الآخر، فعليه اليمين لمن أنكره، وينفرد المقر له بالنصف لا يشاركه الآخر فيه؛ لأنه لا تعلق لملك أحدهما بالآخر.

وهكذا لو ادعياها ميراثاً مقبوضاً قد استقر ملكهما عليها بالقسمة والقبض، فصدق أحدهما على النصف، وأنكر الآخر، تفرد المقر له بالنصف ولم يشاركه الآخر فيه. كما لو لم يضيقا ذلك إلى سبب واحد، لأن الميراث إذا استقر ملكه بالقسمة والقبض، لم يتعلق ملك أحدهما بالآخر.

ألا ترى لو اقتسما دارين وأخذ كل واحد منهما إحدى الدارين، ثم غصبت إحدى الدارين من أحدهما، انفرد الآخر بالباقية من غير أن يشاركه فيها أخوه ولو غصبت قبل القسمة لشاركه فيها، كذلك في الإقرار إذا صدق أحدهما على النصف قبل القسمة شاركه الآخر فيه، وإن صدقه بعد القسمة لم يشاركه الآخر فيه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ أَقَرَّ لأَحَدِهِمَا بِجَمِيعِ الدَّارِ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يُقِرَّ لِلآخَرِ بِأَنَّ لَهُ النِّصْفَ، فَلَهُ الكُلُّ. وَإِنْ كَانَ أَقَرَّ بِأَنَّ له النِّصْفَ وَلأَخِيهِ النِّصْفَ كَانَ لأَخِيهِ أَنْ يَرْجِعَ بِالنِّصْفِ عَلَيْهِ)[2].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا ادعى الأخوان داراً في يد رجل، فاعترف المدعي عليه لأحد الأخوين بجميع الدار، وأنكر الآخر، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن ينسبا تلك إلى جهة واحدة يستويان فيها، فتكون الدار للأخوين معاً.

والضرب الثاني: أن لا ينسباها إلى جهة يتساويان فيها، فللمقر له حالان:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

(٢) مختصر المزني: ص ١٠٦.

حال: يقبل الإقرار بجميعها.

وحال: لا يقبل.

فإن لم يقبل الإقرار بجميعها، كان له النصف الذي ادعاه. فأما النصف الآخر الذي أقر له به ولم يقبله، ففيه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يكون مقراً في يد المدعي عليه، ويكون المكذب خصماً له فيه، لأنه لم يستحق أخذه مع أن يده عليه.

والوجه الثاني: أنه ينزع النصف من يده ويوضع على يد حاكم، حتى إذا ثبت عنده مستحقة سلمه إليه، لأن إقراره أوجب رفع يده.

والثالث: أنه يدفع إلى مدعيه لأنه خصم له فيه. وإن قبل مدّعي النصف الإقرار بالكل، انتزع الكل من المدعى عليه، ثم نظر: فإن كان المقر له قد حفظ عليه تصديق أخيه في إدعائه النصف إمّا قبل الإقرار له أو بعده، لزمه تسليم النصف إلى أخيه بما تقدم من إقراره؛ لأن إقراره على غيره لا يلزم، فإذا صار القبض إلى يده لزمه.

ألا ترى رجلاً لو أقر أن الدار التي في يد فلان مغصوبة من فلان، لم يلزمه إقراره؟ فلو صارت الدار إليه ببيع أو هبة، أو ميراث، لزمه إقراره، ووجب عليه تسليم الدار إلى من أقر بغصبها منه. فأما إن لم يكن مدَّعي النصف صدى أخاه في دعواه، فله أن ينفرد بجميع الدار، ولا حق فيها لأخيه إلا أن يستأنف الدعوى عليه، فيصير خصماً له فيها.

فإن قيل: فهو إنما ادعى النصف، فكيف يجوز أن يدفع إليه الكل، ويزاد على ما ادعاه؟.

قيل: قد اختلف أصحابنا. فكان بعضهم لأجل هذا السؤال يقول: إن المسألة مقصورة على أنه ادعى نصفها ملكاً وباقيها يداً. فإذا أقر له بالجميع، دفع إليه بدعوى الملك واليد، ولو لم يدع هذا لم يدفع إليه إلا النصف.

وقال جمهور أصحابنا: بل يدفع إليه جميعها وإن لم يدع سابقاً إلا نصفها، لأنه ليس بمنكر أن يكون له جميع الدار، فيدع نصفها لأمور:

منها: أن يكون نصفها مصدق عليه فلم يدعيه، ونصفها منازع فيه فادعاه.

ومنها: أن يكون له بنصفها بينة حاضرة وبنصفها بينة غائبة فيدعي نصفها لتشهد به البيّنة الحاضرة ويؤخر الدعوى في النصف الآخر إلى أن تحضر البيّنة الغائبة.

ومنها: أن يدّعي ما لا منازعة له فيه استثقالاً للخصومة، وهي تأخير النزاع.

فلهذه الأمور، صح إذا ادعى النصف أن يدفع إليه الجميع.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى دَارٍ أَقَرَّ لَهُ بِهَا بِعَبْدٍ قَبَضَهُ، فَاسْتَحَقَّ الْعَبْدُ، رَجَعَ إِلَى الدَّارِ فَأَخَذَهَا مِنْهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ادعى عليه داراً في يده فأقر بها، ثم صالحه منها على عبد فاستحق العبد، فذلك ضربان:

أحدهما: أن يكون العبد معيناً، فالصلح باطل. كما لو ابتاع داراً بعبد فاستحق العبد، وله أن يرجع بالدار كما يرجع به البائع. إلا أن يستأنف صلحاً ثانياً. وكذا لو كان العبد مرهوناً، أو مكاتباً، أو مات قبل قبضه. ولا يبطل الصلح لو كان مدبراًأو موصى بعتقه أو معتقاً بعتقه.

والضرب الثاني: أن يكون العبد غير معين موصوف في الذمة، فالصلح لا يبطل باستحقاقه، وعليه أن يأتي بعبد على مثل صفته، كما لو استحق العبد المقبوض في السلم. ولو كان العبد معيناً فقتل قبل قبضه، ففي بطلان الصلح بقتله قولان ذكرناهما في البيوع.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى أَنْ يَسْكُنَهَا الَّذِي هِيَ فِي يَدَيْهِ وَقْتاً، فَهِيَ عَارِيَّةٌ إِنْ شَاءَ أَخْرَجَهُ مِنْهَا)[2].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ادعى عليه داراً فاعترف بها، ثم صالحه على أن يسكنها المقر سنة، كان الصلح باطلاً. لأن الصلح إنما يصح إذا عاوض على ما يملك بما لا يملك، وهذا قد عاوض على ملكه بملكه، لأن من ملك داراً ملك سكناها.

فإن قيل: أفليس لو صالحه على نصفها جاز؟ قيل قد ذكرنا فيه وجهين:

أحدهما: لا يجوز للعلة التي ذكرناها.

والثاني: يجوز.

والفرق بينهما: أن الصلح على النصف هبة. والهبة لازمة، فصار الصلح بها لازماً. والصلح على السكنى عارية، والعارية غير لازمة، فصار الصلح بها غير لازم. فإذا ثبت أن

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

(٢) مختصر المزني: ص ١٠٦.

هذا الصلح باطل، فلمالك الدار أن يسكنه إياها إن شاء، وله أن يخرجه منها متى شاء كالدار العارية، ولا أجرة عليه.

فلو جعل الصلح على السكنى شرطاً في إقراره فقال: قد أقررت لك بهذه الدار على أن أسكنها سنة، بطل اشتراط السكنى والصلح عليه. فأما الإقرار فقد اختلف أصحابنا فيه:

فذهب أبو علي بن خيران: إلى بطلانه، لكونه إقراراً مقيداً بشرط.

وذهب سائر أصحابنا: إلى صحة الإقرار ولزومه، لأنه إقرار بشرط في عارية.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (ولوْ صَالَحَهُ مِنْهَا عَلَى خِدْمَةِ عَبْدٍ بِعَيْنِهِ سَنَةً، فَبَاعَهُ المَوْلَى، كَانَ لِلْمُشْتَرِي الخِيَارُ فِي أَنْ يُجِيزَ الْبَيْعَ، وَتَكُونَ الخِدْمَةُ عَلَى الْعَبْدِ لِلْمُصَالِحِ، أَوْ يَرُدَّ البَيْعَ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا صالح المقر بالدار على خدمة عبد معين سنة جاز الصلح، لأن المقر عاوض على الدار بما ملكه من خدمة العبد. وصار المقر له بالدار مستأجراً للعبد سنة بالدار التي قد ملكها بالإقرار.

فلو باع المولى عبده قبل مضي السنة، كان الصلح على حاله، وفي البيع قولان: ـ

أحدهما: باطل لأن تسليمه غير مستحق، كالبيع بشرط تأخير القبض.

والقول الثاني: وهو أصح: أن البيع جائز، لأن استحقاق المنفعة لا يمنع بيع الرقبة، كالأمة المزوجة.

فعلى هذا، إن كان المشتري عالماً بالحال فلا خيار له، وإن كان جاهلاً بها فله الخيار بين الفسخ والمقام. ويمكن المصالح منه إلى انقضاء مدة الخدمة، ولا رجوع له على البائع بشيء من أجرتها، لأنها مستحقة قبل عقده. أما إذا ابتاعه المصالح فالبيع جائز قولاً واحداً، إلا أن في قبضه وانفساخ الإجارة وجهان:

أحدهما: لا تنفسخ، كما لو باعه على غيره. فعلى هذا، الصلح على حاله.

والوجه الثاني: أنها قد انفسخت، كما لو تزوج أمته ثم ابتاعها، بطل النكاح المتقدم بالبيع الطارىء.

---

(١) مختصر المزني: ص١٠٦.

كذا تبطل الإجارة السالفة بالبيع الحادث. فعلى هذا، قد بطل الصلخ وملك العبد بالبيع.

فصل: فأما إذا أعتق السيد عبده الذي صالح بخدمته، فعتقه نافذ، لأنه صادف ملكاً تاماً. فلم يمنع استحقاق المنفعة كعتق الأمة المزوجة. وعلى العبد المعتق خدمة المصالح باقي السنة، وهل له أن يرجع على سيده الذي أعتقه بأجرة الخدمة بعد عتقه؟ على قولين:

أحدهما: يرجع عليه بأجرته فيما بقي من المدة بعد عتقه، لأن نفوذ عتقه يمنع من استحقاق منافعه، فصار كالأخذ لها بغير حق، فضمن كالغاصب.

والقول الثاني: لا رجوع له بشيء، لأن عتق السيد أزال ما كان مالكاً له، وخدمة العبد. تلك السنة لم يكن السيد مالكاً لها، فلم يتعلق حكم العتق بها، ولم يستحق العبد رجوعاً بسببها؛ كالأمة المزوجة إذا عتقت لم تستحق الرجوع على سيدها بالمهر.

فصل: فأما إذا كاتبه السيد، فالكتابة باطلة، لأنه لا يقدر على التصرف لنفسه ولا على تملك كسبه. ولكن لو دبره صح التدبير، وكذلك لو أعتقه بصفة.

فأما إذا أجره من غير المصالح، فالإجارة باطلة، لأن ما توجه إليه عقد الإجارة مستحق من قبل، وإن عقد على ما بعد السنة فهو باطل، لأنه عقد على عين بشرط تأخير القبض.

أما إذا رهنه، فقد اختلف أصحابنا فيه: فمنهم من أجرى الرهن مجرى البيع، فعلى هذا يخرج على قولين.

ومنهم من أجري ذلك مجرى الإجارة، لأنه في الحال متوجه إلى المنفعة. فعلى هذا، يكون باطلاً قولاً واحداً. فأما إذا وهبه، ففيه قولان كالبيع سواء.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ مَاتَ العَبْدُ جَازَ مِنَ الصُّلْحِ بِقَدْرِ مَا اسْتُخْدِمَ، وَبَطَلَ مِنْهُ بِقَدْرِ مَا بَقِيَ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا مات العبد الذي صالحه على الدار بخدمته سنة، لم يخل حال موته من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يموت في الحال قبل مضي المدة أو شيء منها، فالصلح قد بطل لتلف

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

العوض فيه قبل قبضه كتلف الثمن المعين قبل القبض، وللمصالح أن يرجع بالدار كما يرجع البائع بالبيع.

والحال الثانية: أن يموت بعد مضي السنة كلها، فالصلح قد تم، وحكمه قد انبرم، وموت العبد غير مؤثر فيه لاستيفاء المعقود عليه قبل موته.

والحال الثالثة: أن يموت بعد مضي بعض المدة وبقاء بعضها، فالصلح قد بطل فيما بقي من المدة لفوات قبضه بالموت. وأما فيما مضى من المدة المستوفاة، فهو على اختلاف أصحابنا في الفساد في بعض الصفقة إذا طرأ بعد العقد: هل يجري مجرى الفساد المقارن للعقد؟

فذهب أبو إسحاق المروزي: أنه يجري مجرى الفساد المقارن للعقد. فجعل بطلان الصلح فيما مضى من المدة على قولين من تفريق الصفقة:

أحدهما: قد بطل الصلح فيما بقي، ووجب على المصالح أجرة ما استخدم فيما مضى من المدة، وله استرجاع الدار.

والقول الثاني: لا يبطل، لكن يكون بالخيار بين: الفسخ، والمقام. فإن فسخ رجع بالدار وغرم أجرة ما مضى من المدة، فإن أقام فعلى قولين:

أحدهما: يقيم عليه بجميع الصلح.

والثاني: بحسابه وقسطه.

وقال جمهور أصحابنا: إن الفساد الحادث بعد العقد مخالف للفساد المقارن للعقد، لسلامة الصفقة عند عقدها. فيكون الصلح فيما مضى من المدة جائزاً قولاً واحداً. فعلى هذا، هل للمصالح خيار فيه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا خيار له لاستقرار قبضه وفوات رده. فعلى هذا، يقيم على ما مضى من المدة بحسابه من الصلح وقسطه، ويرجع من الدار بقسط ما بقي من المدة.

والوجه الثاني: له الخيار، لأنه عاوض على مدة كاملة وصفقة سليمة، فكان النقص فيها غبناً موجباً للخيار كالنقص في الأعيان. فعلى هذا، يكون بالخيار بين: أن يفسخ الصلح فيما مضى، وبين أن يقيم.

فإن فسخ فيما مضى، غرم مثل أجرة تلك المدة، واسترجع الدار كلها.

وإن أقام، فعلى قولين:

أحدهما: يقيم على ما مضى بجميع الصلح.

والثاني: بحسابه وقسطه.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا تَدَاعَى رَجُلَانِ جِدَاراً بَيْنَ دَارَيْهِمَا، فَإِنْ كَانَ مُتَّصِلاً بِبِنَاءِ أَحَدِهِمَا اتِّصَالَ البُنْيَانِ الَّذِي لَا يَحْدُثُ مِثْلُهُ إِلَّا مِنْ أَوَّلِ البُنْيَانِ، جَعَلْتُهُ لَهُ دُونَ المُنْقَطِعِ مِنْهُ. وَإِنْ كَانَ يَحْدُثُ مِثْلُهُ بَعْدَ كَمَالِ بُنْيَانِهِ، مِثْلَ نَزْعِ طُوبَةٍ وَإِدْخَالِ أُخْرَى، أَحْلَفْتُهُمَا بِاللَّهِ وَجَعَلْتُهُ بَيْنَهُمَا. وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَوْصُولٍ بِوَاحِدٍ مِنْ بِنَائِهِمَا أَوْ مُتَّصِلاً بِبِنَائِهِمَا جَمِيعاً، جَعَلْتُهُ بَيْنَهُمَا، بَعْدَ أَنْ أُحْلِفَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في حائط بين دارين تنازعه المالكان، وقال كل واحد منهما: هو لي دونك، ولا بينة لواحد منهما على دعواه، فلا يخلو حال الحائط من ثلاثة أقسام:

إما أن يكون متصلاً ببنائهما، أو يكون منفصلاً عن بنائهما، أو يكون متصلاً ببناء أحدهما منفصلاً عن بناء الآخر.

فإن كان متصلاً ببنائهما، أو منفصلاً، فهما في الحكم سواء على ما نذكره. وإن كان متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر، واتصاله هو: أن يكون بناء أحدهما قد اتصل ببنية الحائط على ما لا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء، فصارت حائطين: أحدهما المعارضة مسنده بالحائط المتنازع فيه، سواء كان اتصال تربيع أم لا.

وقال أبو حنيفة: اتصال البناء أن يكون تربيع دار أحدهما مسندة بالحائط المتنازع فيه، ولا يكون اتصال بعض الحدود مؤثراً. وهذا خطأ، لأن اتصاله ببعض حدود الدار مما لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء. كما أن اتصاله بجميع الحدود تربيعاً لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء، فوجب أن يكون الحكم فيهما على سواء.

فأما إن كان على الحائط لأحدهما أزج أو قبة، نظر في الحائط: فإن كان قد بنى من أساسه متعرجاً على ما جرت به عادة بعض القباب والأزاج، فهذا اتصال؟ لأن هذا التعريج لا يمكن إحداث مثله بعد كمال البناء.

---

(١) مختصر المزني: ص١٠٦.

وإن لم يكن بناء الحائط متعرِّجاً فالأزج المبني عليه والقبة لا يكون متصلاً بالحائط كله، لأن إحداث مثل الأزج والقبة على الحائط بعد كمال البناء ممكن، فصار كالأجذاع. لكن ما كان من أعلى الحائط خارجاً عن تعريج القبة والأزج، فهو لصاحب القبة والأزج، وما انحدر عنه من انتصاب الحائط في حكم المنفصل غير المتصل.

وأما إن كان الحائط المتنازع فيه ينتهي طولاً إلى أن يتجاوز ملك أحدهما ولا يتجاوز ملك الآخر، مثل أن يكون طول الحائط عشرين ذراعاً وعرضه أحدهما عشرة أذرع، وعرضه الآخر عشرون ذراعاً، فيتنازعان من الحائط ما كان بين عرضتيهما معاً دون القدر المجاوز، فقد اختلف أصحابنا: هل يكون هذا في حكم المتصل أو المنفصل؟ على وجهين:

أحدهما: يكون في حكم المتصل، لأن ما اتصل بعرضه في بناء أحدهما بمثل ما اتصل بطوله.

والوجه الثاني: أن لا يكون متصلاً، ويكون في حكم المنفصل. لأن اتصال العرض لا يمكن إحداثه بعد كمال البناء، واتصال الطول يمكن إحداثه بعد كمال البناء.

فإذا ثبت أن الاتصال ما ذكرنا، وكان متصلاً ببناء أحدهما دون الآخر، فهو لمن اتصل ببنائه بعد أن يحلف لصاحبه. وإنما كان كذلك لأمرين:

أحدهما: أن اتصاله بما له تصرف فيه يد، وصاحب اليد المتصرفة أحق من غيره، كمن نوزع شيئاً في يده.

والثاني: أن اتصاله بملكه دليل على تملكه، كمن توزع بناء في أرضه، كان لصاحب الأرض دون منازعة، ثم لزمته اليمين لأن هذا دال على الملك ليس بموجب له، فلزمت فيه اليمين كاليد.

فصل: فأما إذا كان متصلاً ببناءيهما، أو منفصلاً عن بناءيهما فهما فيه سواء، ويتحالفان عليه. وهل يكون الحاكم مخيراً في الابتداء بإحلاف أيهما شاء، أو يقرع بينهما؟ على وجهين:

أحدهما: يكون مخيراً لاستوائهما.

والثاني: يقرع بينهما لانتفاء التهمة عنه. وفي قدر ما يحلف كل واحد منهما عليه وجهان:

أحدهما: وهو قول البغداديين: أنه يحلف على نصفه، لأنه يحلف على ما يصير إليه بيمينه، والذي يصير إلى كل واحد منهما النصف.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: إنه يحلف على جميعه، لأنه يحلف على ما يدعيه، وهو يدعى جميعه.

ثم على كلا الوجهين لا بد أن يتضمن يمينه النفي والإثبات، لأنه ينفي ملك غيره، ويثبت ملك نفسه. ولكن اختلف أصحابنا: هل يحتاج إلى يمين واحدة للنفي والإثبات، أو يحتاج إلى يمينين: أحدهما للنفي، والأخرى للإثبات؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يحلف يميناً واحداً تتضمن النفي والإثبات، لأنه أفضل للقضاء، وأثبت للحكم.

والوجه الثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي علي بن خيران وطائفة: إنه يحلف يمينين:

أحدهما: للنفي، لأنه منكر بها.

والثانية: للإثبات، لأنه مدع بها.

فإذا ثبت ما وصفنا لم يخل حالهما من ثلاثة أحوال: ـ

إما أن يحلفا معاً فيجعل الحائط بينهما بأيمانهما. أو ينكلا معاً فيمنعان من التخاصم ولا يحكم لواحد منهما بملك شيء منه، ويكون الحائط موقوفاً على ما كان عليه من قبل. أو يحلف أحدهما وينكل الآخر، فيحكم به للحالف منهما دون الناكل.

وهكذا، لو حلف أحدهما يمينين على أحد الوجهين، وحلف الآخر يميناً واحدة، حكم به للحالف بيمينين، وكان الحالف يميناً بمثابة الناكل لأن يمينه لم تكمل. فلو أقام الناكل بينة، كان أحق ببينته من يمين صاحبه والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ أَنْظُرُ إِلَى مَنْ إِلَيْهِ الخَوَارِجِ وَلاَ الدَّوَاخِلِ وَلاَ أَنْصَافِ اللَّبَنِ وَلاَ مَعَاقِد، القِمْطِ، لأَنَّهُ لَيْسَ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا دَلاَلَةٌ)[1]

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

قال الماوردي: وهذا صحيح. والدواخل: هي وجوه الحيطان، والخوارج: هي ظهورها وإنصاف اللبن فيه تأويلان، حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: أن تكون كسور إنصاف اللبن إلى أحدهما، والصحيح منه إلى الآخر.

والثاني: أنه إفريز يخرجه البنّاء في أعلى الحائط نحو نصف لبنة ليكون وقاية للحائط من المطر وغيره.

وأما معاقد القمط، فتكون في الأخصاص، وهي: الخيوط التي يشد بها الخص، لأن القمط جمع قماط، وهو الخيط.

فإذا تنازع جاران حائطاً بينهما، وكان إلى أحدهما الدواخل وأنصاف اللبن، لم يكن ذلك دليلاً على ملكه. وكذلك لو ادعى خصاً وكان إلى أحدهما معاقد القمط، لم يكن ذلك دليلاً على ملكه، وهو قول أبي حنيفة.

وجعل أبو يوسف ومحمد هذه دلائل على الملك، وهو قول بعض أهل المدينة، استدلالاً بما روي: أن رجلين تنازعا جداراً بينهما فأمر النبي ﷺ حذيفة أن يحكم، فحكم بالجدار لمن إليه معاقد القِمْطِ، فقال النبي ﷺ «أصبْتَ»[1].

قالوا: لأن العادة جارية في بناء الحائط أن يكون وجهه إلى مالكه، وظهوره إلى غيره، ومعاقد الخص تكون إلى مالكه، فوجب أن يحكم بظاهر العادة. كما يحكم بها في اتصال البنيان.

وهذا خطأ لعموم قوله ﷺ: «البَيِّنَةُ عَلَى الْمُدَّعى وَالْيَمِينُ عَلَى الْمُدَّعِي عَلَيْهِ»[2]. ولأن هذه أمور قد يقصد بها في البناء الجمال، فربما أحب الإنسان أن يجعل أجمل بنيانه، وأحسنه إلى منزله، وربما أحب أن يجعله خارجاً فيما يراه الناس. فلم يجز مع اختلاف

---

(١) حديث دهشم بن قُرّان، عن نِمران بن جارية، عن أبيه: أن قوماً اختصموا إلى النبي ﷺ في خُصٍّ كان بينهم، فبعث حذيفة يقضي بينهم، فقضى للذين يليهم القمط، فلما رجع إلى النبي ﷺ أخبره فقال: «أصبْتَ وأحسنْتَ». وفيه ضعيفان: نمران، ودهشم.
والخصّ: بيت يتخذ من القصب. والقمط: حبل يشدّ به الأقماط.
أخرجه البيهقي ٦/ ٦٧ وقال: تفرّد به دهشم بن قران اليمامي، وهو ضعيف، واختلفوا عليه في إسناده، فروي هكذا، وروي من وجهين آخرين.

(٢) سبق تخريجه.

العادة فيه في سائر الأغراض أن يجعل دالاً على الملك، كالتزاويق والنقش لا يكون وجوده من جانب أحدهما دليلاً على ملكه، كذلك ما ذكرناه.

فأما الجواب عن الخبر فهو: أنه ضعيف، لأن راوية دهشم بن قران وهو مرغوب عنه. فإن صح لم يكن فيه دلالة، لأنه لم يجعل معاقد القمط علة في الحكم، وإنما جعل تعريفاً لمن حكم له. كما لو قيل: حكم للأسود لم يدل على أن السواد علة للحكم، وإنما يكون سمة وتعريفاً لمن وجب له الحكم.

وأما ادعاؤهم العرف لمعتاد فيه، فغير صحيح لما ذكرنا من اختلاف الأغراض فيه والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ لأَحَدِهِمَا عَلَيْهِ جُذُوعٌ وَلاَ شَيْءَ لِلآخَرِ عَلَيْهِ، أَحْلَفْتُهُمَا وَأَقْرَرْتُ الْجُذُوعَ بِحَالِهَا، وَجَعَلْتُ الجِدَارَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، لأَنَّ الرَّجُلَ قَدْ يَرْتَفِقُ بِجِدَارِ الرَّجُلِ بِالجُذُوعِ بِأَمْرِهِ وَغَيْرِ أَمْرِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا تنازع الجاران حائطاً بينهما، وكان لأحدهما عليه جذوع، فهما فيه سواء.

قال أبو حنيفة: صاحب الجذوع أحق به إذا كانت جذوعه ثلاثة فصاعداً، فإن كانت أقل من ثلاثة وكان بدل الجذوع قصباً فهما فيه سواء، استدلالاً بأن وضع الجذوع أوكد من اتصال البناء. لأن وضع الجذوع يثبت يداً وارتفاقاً، واتصال البناء يثبت أحدهما وهو الارتفاق دون اليد، فلما كان اتصال البناء دالاً على الملك، كان وضع الجذوع أولى بأن يدل على الملك.

ولأن وضع الجذوع تصرف في الملك، فوجب أن يكون دالاً على الملك كالأزج والقبة. ولأن وضع الجذوع هو تركيب على الحائطين يجري مجرى ركوب الدابة، وقد ثبت أن دابة لو تنازعها راكبها وآخذ بلجامها كان راكبها أحق بها ممن هو آخذ بلجامها، فكذلك الحائط إذا تنازعه صاحب الجذوع وغيره، كان صاحب الجذوع أحق.

والدلالة على صحة ما ذهبنا إليه: هو أن كل ما لم يكن قليله دالاً على الملك، لم يكن كثيره دالاً على الملك كالقصب والرفوف. ولأن ما أمكن أحداثه بعد كمال البناء، لم

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

.يكن دالاً على ذلك البناء كالجص والنقش. ولأنه لو كان بين صاحب الأجذاع والحائط طريق نافذة كالساباط، لم يكن وضع أجذاعه فيه دليلاً على ملكه له، كذلك إذا اتصل بملكه.

لأن وضع الجذوع لو كان يداً، لاستوى الأمران في الاتصال بالملك والانفصال عنه. ولأن وضع الأجذاع في الحائط، قد يكون بالملك تارة، وبالإذن أخرى، وبالحكم على ما نذكره تارة؛ فلم يجز مع اختلاف أسبابه أن يكون مقصوراً على أحدها في الاستدلال به على الملك.

فأما الجواب عن استدلاله باتصال البنيان فهو: أن ذلك مما لا يمكن حدوثه بعد كمال البنيان، فجاز أن يدل على الملك لافتراقه به. وليس كذلك الجذوع.

وبمثله يكون الجواب عن الأزج والقبة: إن كان مما لا يمكن حدوث مثله بعد البنيان.

وأما الجواب عما استدلوا به من راكب الدابة وقائدها، فقد اختلف فيه أصحابنا على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنهما في الدابة سواء تكون بينهما نصفين، فعلى هذا يسقط الاستدلال به.

والوجه الثاني: أن الراكب أحق بها من الآخذ بلجامها.

والفرق بين ذلك وبين وضع الجذوع وتركيبها على الحائط من وجهين:

أحدهما: أن الإجماع مانع من ركوب دابة الإنسان إلا بإذنه، فجاز أن يكون ركوبها دليلاً على ملكه. والخلاف منتشر في أن للإنسان أن يضع أجذاعه جبراً في حائط غيره، فلم يكن وضعها دليلاً على ملكه.

والثاني: أن الركوب لما كان تصرفاً لا يختلف حكمه بين وجوده في الملك وغير الملك، جازأن يكون دليلاً على الملك. ولما كان وضع أجذاع الساباط الذي لا يتصل بالملك لا يدل على الملك، لم يكن وضع الأجذاع دالاً على الملك.

فإذا تقرر أن وضع الجذوع لا يدل على الملك، فإنهما يتحالفان ويجعل بينهما، وتقر الجذوع على ما كانت عليه، لأنه يجوز أن يكون وضعها بحق وإن لم يملك الحائط.

فصل: فأما إذا تنازعا حائطاً في عرصةٍ هي لأحدهما، فإنه يكون لصاحب العرصة لأن يده عليه.

وهكذا لو تنازعا علو حائط، أسفله لأحدهما، كان لصاحب السفل مع يمينه لما ذكرنا من ثبوت اليد. ولكن لو تنازعا عرضه حائط هو لأحدهما، ففيه وجهان لأصحابنا: ـ

أحدهما: أنها تكون لصاحب الحائط، لأن تصرفه فيها أظهر.

والوجه الثاني: أنهما فيها سواء، كوضع الجذوع.

وهذان الوجهان من اختلاف أصحابنا فيمن أقر لرجل بحائط: هل يدخل قراره في إقراره، أو باع حائطاً هل يدخل قراره في بيعه؟ على وجهين.

فصل: فأما قول الشافعي رضي الله عنه: «لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجل بأمره وغير أمره». فقد روى في القديم حديثاً عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «لَا يَمْنَعُ أَحَدُكُمْ جَارَهُ أَنْ يَضَعَ خَشَبَةً فِي جِدَارِهِ». قال أبو هريرة مَالِيَ أَرَاكُمْ عَنْهَا مُعْرِضِينَ[1]. وَاللَّهِ لأَرْمِيَنَّهَا بَيْنَ أَكْتَافِكُمْ.

فكان يذهب في القديم: إلى أن للجار أن يضع أجذاعه في جدار جاره جبراً بأمره وغير أمره، وبه قال مالك تعلقاً بهذا الحديث. ثم رجع عنه في الجديد وقال: «ليس له أن يضع أجذاعه في جدار جاره إلا بأمره، كما ليس له أن يتصرف في غير ذلك من الأملاك التي لجاره إلا بأمره».

ولأن الشريك في الملك أقوى من جار الملك، وليس لأحد الشريكين أن ينفرد بالتصرف، فالجار أولى. وهذا قول أبي حنيفة. فعلى هذا يكون حديث أبي هريرة محمولاً على أحد وجهين:

أحدهما: أن يحمل على الاستحباب والندب، لا على الوجوب والحتم.

والثاني: أنه محمول على أن الجار ليس له منع صاحب الحائط من وضع أجذاعه في حائطه، وإن كان مضراً بالجار في منع ضوء أو إشراف، ليكون موافقاً للأصول.

---

(١) حديث أبي هريرة: أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٧٤٥ والبخاري في المظالم (٢٤٦٣) ومسلم في المساقاة (١٦٠٩) وأبو داود (٣٦٣٤) والترمذي (١٣٥٣) وابن ماجة (٢٣٣٥) وأحمد ٢/ ٢٣٠ و٢٤٠.

فإن قيل: لم قال الشافعي في القديم: لأن الرجل قد يرتفق بجدار الرجل بأمره وغير أمره، وهو في الجديد لا يقول هذا؟ قلنا: فيه تأويلان:

أحدهما: «بأمره» يعني: مجاهراً، «وبغير أمره» يعني: ساتراً.

والثاني: «بأمره» يعني: بإختياره. و«بغير أمره» يعني: بإجبار من يرى ذلك من القضاة والحكام.

فإذا تقرر ما ذكرنا، فإن قلنا: بوجوب ذلك عليه على مذهبه في القديم، لم يكن له منع جاره من وضع أجذاعه في جداره، وكان للجار أن يضع في الجدار ما احتمله من الأجذاع على عوض لم يجز لوجوب ذلك عليه، ومن وجب عليه حق لم يجز أن يعتاض عليه.

ولو انهدم الحائط، لم يلزم مالكه أن يبنيه إلا بإختياره. فإن بناه كان للجار أن يعيد أجذاعه فيه.

ولو أراد الجار بناء الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه، كان له مثل ذلك، ليصل بذلك إلى حقه من وضع أجذاعه فيه. وإذا قلنا بقوله في الجديد: إن ذلك ليس بواجب، وهو القول الصحيح. فليس للجار أن يضع أجذاعه في الجدار إلا بإذن مالكه واختياره، ويجوز للمالك أن يأذن له فيه بعوض وغير عوض؛ لأن ما لا يملك عليه يجوز أن يعاوض عليه إذا كان معلوماً، فإن أذن فيه بغير عوض، كانت عارية وجاز أن لا يشترط عدد الأجذاع، ولا يعلم طولها، ولا موضع تركيبها، لأن الجهل بمنافع العارية لا يمنع من صحتها.

ثم ليس له أن يرجع في العارية ما بقي الحائط، لأن موضع الأجذاع يراد للإستدامة، فكان إطلاقه الإذن محمولاً عليه. كمن أعار أرضه لدفن ميت، لم يكن له الرجوع في عاريته وإخراج الميت منها بعد دفنه. ولكن لو انهدم الحائط وأعاده مالكه، فهل لصاحب الأجذاع أن يعيد وضعها فيه بالإذن المتقدم أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له ذلك. لأنه صار مستحقاً على التأبيد، كما لو كان الأول باقياً.

والوجه الثاني: وهو أصح. ليس له ذلك، إلا بإذن مستحدث، لأن حكم العارية قد انقطع بانهدام الحائط. ولأنه إنما استحق تأبيد ذلك لما في نزعها من الأضرار به، وقد لحقه

ذلك بإنهدامه. ولكن لو أعار أرضاً لدفن ميت فنبشه سبعٌ، أعيد دفنه فيها من غير إذن مستحدثٍ وجهاً واحداً.

ولو أكله السبع لم يجز أن يدفن غيره فيها إلا بإذن جديد، لذهاب من كان مستحقاً لمنفعة العارية.

ولو كان قد أذن له في وضع جذع في حائطه فانكسر الجذع، كان له إعادة غيره.

والفرق بينه وبين الميت: أن المنع من الرجوع في عارية القبر لحرمة الميت، فإذا أكله السبع انقضت حرمته عن المكان. والمنع من الرجوع في موضع الأجذاع لما يلحقه من الضرر بإنهدام السقف، وهذا موجود بعد انكسار الجذع. فأما إذا أخذ منه على وضع أجذاعه عوضاً، فلا يصح إلا بعد معرفة عدد الأجذاع وطولها وإمتلائها وموضعها من الحائط وقدر دخولها فيه. لأن المعاوضة تحرس من الجهالة.

ثم اختلف أصحابنا فيه إذا انتفت الجهالة عنه: هل يكون بيعاً أو إجارة؟ على وجهين:

أحدهما: يكون بيعاً، وهذا قول أبي حامد المروروذي. فعلى هذا، يصح على التأييد من غير اشتراط مدة فيه. ومتى إنهدام الحائط ثم بني، أعيد وجهاً واحداً؛ بخلاف العارية التي لا يمنع من صحتها الجهالة بمدة منفعتها.

والوجه الثاني: وهو عندي أصح: أنه يكون إجارة، ولا يكون بيعاً. لأنه عقد على منفعة لا عين. فعلى هذا، لا يصح إلا باشتراط مدة معلومة تتقدر المنفعة، ويؤخذ بقلع ذلك عند إنقضائها.

وعلى الوجهين معاً: «إن قدر ذلك بمدة صح، وكانت إجارة. وهكذا لو صالحه على إجراء مسيل ماء في أرضه، فلا بد من تعيين موضعه، وتقدير طوله وعرضه، ثم إن قدر بمدة صح وكانت إجارة، وإن لم يقدره كان على وجهين:

أحدهما: أنه يكون بيعاً لما حد من الأرض لإجراء الماء فيه على التأييد.

والثاني: يكون باطلاً إذا قيل: إنه يكون إجارة.

وأما إن صالحه على سقي ماشيته من عين أو بئر مدة معلومة، لم يجز لأن قدر ما تشربه الماشية مجهول. وهكذا الزرع.

ولكن لو صالحه على نصف العين أو ثلثها، جاز وكان بيعاً لا يحتاج إلى تقدير المدة فيه، لأنه عقد على عين. ولو قدره بمدة، خرج عن البيع إلى الإجارة، فكان باطلاً، لأن إجارة عين الماء منها لا يجوز.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَمْ أَجْعَلْ لِوَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنْ يَفْتَحَ فِيهِ كَوَّةً، وَلاَ يَبْنِيَ عَلَيْهِ إِلاَّ بِإِذْنِ صَاحِبِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان الحائط بين شريكين، لم يكن لأحدهما أن يفتح فيه كوة، ولا يضع فيه جذعاً، ولا يسمّر فيه وتداً، إلا بإذن شريكه.

وجوز العراقيون لأحد الشريكين أن يفعل في الحائط ما لا يضر به من فتح كوة، وإيتاد وتد، إعتباراً بالعرف المعتاد فيه بين الناس. وهذا خطأ لأمرين:

أحدهما: أن تفرَّد أحدهما بالتصرف في ذلك غير جائز.

والثاني: أنه هدم بعض الحائط، فلم يجز كالباب.

فإن قيل: فهلا كان كوضع الجذوع فيه فيكون على قولين.

قيل: الفرق بينهما، أن الحائط موضوع للحيلولة، ووضع الأجذاع فيه لا يمنع من الحيلولة، وفتح الكوة يمنع منها. فلو أذن أحدهما لصاحبه في فتح كوة، ثم أراد سدها، لم يكن له ذلك إلا بإذن شريكه؛ لأنه زيادة بناء على حائطه. والشريكان في الحائط لا يجوز لأحدهما البناء عليه إلا بإذن شريكه فيه. وكلما لم يكن للشريك أن يفعله، فأولى أن لا يكون للجار أن يفعله.

فلو صالح جاره على فتح كوه في حائطه، لم يجز لأنه صلح على الهواء والضوء. ولو أن رجلاً فتح كوة في حائطه، فأراد جاره أن يبني في وجهها حائطاً في ملكه يمنعه الضوء من الكوة، جاز ولم يكن لصاحب الكوة أن يمنعه، لأنه متصرف في ملكه.

فصل: وإذا كان لرجل دار ظهرها إلى زقاق مرفوع، فأراد أن يفتح من ظهر داره إلى الزقاق كوه، أو ينصب شباكاً للضوء، جاز ولم يمنع لأنه متصرف في ملكه. ولو أراد فتح باب إليه، فإن كان يريد فتحه للإستطراق فيه لم يجز، لأنه لا حق له في استطراق الزقاق المرفوع. وإن كان يريد فتحه لينصب عليه بابا ولا يستطرقه، ففيه وجهان:

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

أحدهما: يجوز. لأنه لو أراد هدم حائطه كله جاز، فإذا أراد هدم بعضه فأولى بالجواز. ولأنه لو أراد يحول بين داره والزقاق ببناء جاز، فكذلك إذا أراد أن يحول بينهما بباب.

والوجه الثاني: لا يجوز. لأنه يوهم بذلك عند تطاول الزمان أنه مستحق للإستطراق. لأن الباب من شواهد إستحقاقه، وليس كذلك هدم بعض الحائط فيه.

فصل: وإذا كان في الزقاق المرفوع داران لرجلين: أحدهما في أوله، والأخرى في آخره، فأراد صاحب الدار الأول تغيير بابه ونقله من موضعه إلى غيره. فإن أراد تقديمه إلى باب الزقاق كان له، لأنه قد كان يستحق الإستطراق إلى غاية اقتصر على بعضها فصار تاركاً لبعض حقه. وإن أراد تأخير بابه إلى صدر الزقاق، لم يكن له لأنه يصير متجاوزاً لحقه في الإستطراق.

وكان بعض أصحابنا يجوز له ذلك، ويجعل عرضه الزقاق كلها مشتركة بينهما، تخريجاً من عرصة السفل، إذا تنازعها صاحب العلو والسفل على ما سنذكره.

فأما صاحب الدار التي في صدر الزقاق إن أراد تقديم بابه، إن لم يرد إدخال ما وراء ذلك إلى داره.

وإن أراد إدخال ما وراء الباب المستحدث إلى صدر الزقاق في داره، فهو على اختلاف أصحابنا: هل عرصه الزقاق مشتركة بين الدارين أم لا؟

فمن قال: إنها مشتركة، منع صاحب الصدر من إدخال ذلك في داره.

ومن قال: إنها ليست مشتركة وان ما يتجاوز باب الأول يختص بملك صاحب الصدر، جوز له ذلك.

وأما إن أراد صاحب الدار الأول أن يقر بابه في موضعه، ويفتح دونه باباً ثانياً، جاز ولم يمنع.

وقال أبو حنيفة: أمنعه من فتح باب ثان، لأنه يستحق مدخلاً واحداً، فلم يجز أن يتعدى إلى مدخلين.

وهذا خطأ، لأنه مستحق للإستطراق فيه، فلا فرق بين أن يكون من مدخل أو مدخلين؛ ولأن موضع الباب المستحدث لو أراد هدمه لغير باب جاز فكذا الباب.

فصل: وإذا كان لرجل داران متلاصقان، وباب كل واحدة منها إلى زقاق مرفوع، فأراد هدم الحائط الذي بين الدارين جاز. ولو أراد فتح باب من إحدى الدارين إلى الأخرى غير نافذ ليستطرقه، لم يجز. وهو قول أبي حنيفة ومالك لأمرين:

أحدهما: أنه يصير مستطرقاً إلى كل واحدة من الدارين من الزقاق الذي لا حق لها في الإستطراق منه.

والثاني: أن الزقاق مرفوع، فيجعله بفتح الباب مستطرقاً غير مرفوع. والله أعلم بالصواب، وخبرنا به الإمام أبو علي بن صالح بن خيران من أصحاب الشافعي رضي الله عنه.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَقَسَّمْتَهُ بَيْنَهُمَا إِنْ شَاءَا، إِنْ كَانَ عَرْضُهُ ذِرَاعاً أُعْطِيهِ شِبْراً فِي طُولِ الجِدَارِ، ثُمَّ قُلْتُ لَهُ: إِنْ شِئْتَ أَنْ تَزَايدَ مِنْ عَرَصَةِ دَارِكَ أَوْ بَيْتِكَ شِبْراً آخَرَ لِيَكُونَ لَكَ جِدَارٌ خَالِصٌ فَذَلِكَ لَكَ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان الحائط بين شركين، فطلب أحدهما القسمة وأراد إجبار شريكه عليها عند امتناعه منها، لم يخل ذلك من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يكون بناء لا عرصة له.

والثاني: أن يكون عرصة لا بناءَ فيها.

والثالث: أن يكون معاً.

فإن كان الحائط بناء لا عرصة له، لم يجز أن يقسم جبراً، لأن البناء لا يعلم ما فيه ليتساويا في الاقتسام به إلا بعد هدمه، وفي هدمه ضرر، فلم يدخله إجبار، فإن اصطلحا عليه جاز.

وإن كان ذلك عرصة لأبناء فيها، دخلها الإجبار في القسمة، فإن دعا الطالب إلى قسمة عرصة الحائط طولاً أجيب إليها. ومثاله: أن يكون طول العرضة عشرة أذرع، وعرضها ذراعاً فيدعو إلى قسمة الطول ليكون خمسة أذرع من العشرة في عرض ذراع، فهذا جائز؛ لأن أي النصفين حصل له بالقرعة نفعه. فإن دعي إلى القسمة عرضاً ليكون له شبر من العرض في الطول كله، ففي جواز الجبر عليها وجهان:

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنه لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع عليها، لأن قسمة الإجبار ما دخلتها القرعة. ودخول القرعة في هذه القسمة مضر، لأنه قد يحصل لكل منهما بالقرعة ما يلي صاحبه، فلا ينتفع واحد منهما بشيء مما صار إليه، وعادت بالضرر عليه؛ والقسمة إذا عادت بضرر الشريكين لم يدخلها الإجبار.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنه يجاب إليها، ويقسم عرض العرصة بينهما، ويدفع إلى كل واحد منهما النصف الذي يليه بغير ذرعه؛ لأن القرعة تدخل في القسمة لتمييز ما اشتبه الانتفاع به، والأنفع لكل واحد منهما أن يأخذ ما يليه، فلم يكن لدخول القرعة وجه.

قال الشافعي: ثم قلت له: إن شئت أن تزيد من عرصة دارك أو بيتك شبراً آخر ليكون لك جداراً خالصاً، فذلك لك.

وهذا لم يقله مشورةً كما عابه من جهل معنى كلامه، وإنما قاله ليبين أن كل واحد منهما قد ينتفع بما صار له. ثم ذكر وجه المنفعة، بأن يضم إلى العرصة شبراً ليصير جداراً كاملاً.

فصل: فإن كان الحائط بناء وعرصة نظر في طالب القسمة: فإن دعي إليها عرضاً ليكون له شبر من عرض البناء، والعرصة من الطول كله، لم يجب إليها جبراً؛ ولا يصح ذلك بينهما تراضياً واختياراً، وإنما كان كذلك لأن ما يصير إلى كل واحد منهما من نصف العرض مضر به وبصاحبه. لأنه إن أراد هدمه لم يقدر عليه إلا بهدم ما لشريكه أو شيء منه، وإن أراد وضع شيء عليه، وقع الثقل على ما لشريكه فأضر به.

فإن قيل: فهلا جاز ذلك بتراضيهما؟.

قيل: إن تراضيا بهدمه في الحال والاقتسام بآلته جاز، وإن تراضيا بقسمته بناء قائماً، وتحديد ما لكل واحد منهما متصلاً لم يجز، لما ذكرنا من دخول الضرر فيما بعد.

وإن كان الطالب يدعو إلى قسمته طولاً ليكون لكل واحد منهما نصفه طولاً في العرض كله، جازت بالتراضي وفي جواز الإجبار عليها وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر قول أبي إسحاق المروزي: لا يجاب إليها ولا يجبر الممتنع

عليها، لأنه قد لا يقدر على هدم النصف الذي صار له إلا بهدم شيء من نصف صاحبه، فصارت ضرراً عليهما.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: يجبره على هذه القسمة بالقرعة، لأن الضرر على كل واحد منهما في هدم حصته يسير، فلم يمنع من القسمة. ولأنه قد يمكن وله إزالة الضرر بقطع الحائط بينهما بالمنشار، فلا ينهدم من حصة الآخر شيء.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ هَدَمَاهُ ثُمَّ اصْطَلَحَا عَلَى أَنْ يَكُونَ لأَحَدِهِمَا ثُلُثُهُ وَلِلآخَرِ ثُلُثَاهُ عَلَى أَنْ يَحْمِلَ كُلّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَا شَاءَ عَلَيْهِ إِذَا بَنَاهُ، فَالصُّلْحُ فَاسِدٌ، وَإِنْ شَاءَا أَوْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا، قُسِّمَتْ أَرْضُهُ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا هدم الشريكان حائطاً بينهما، ثم اصطلحا عند بنائه بمالهما أن يكون لأحدهما ثلثه، وللآخر ثلثاه، على أن يحمل كل واحد منهما عليه ما شاء من أجذاع وغيرها، فهذا صلح باطل لثلاثة معان:

أحدها: أنه بذل بصلحه على الثلث بعد ملكه النصف سدساً بغير عوض. وبذل الملك في الصلح إذا كان عبثاً بغير عوض، لا يصح.

والثاني: أنه شرط فيه الانتقال لملك صاحبه من غير عوض، وذلك لا يصح.

والثالث: أنه اشترط لنفسه ارتفاقاً مجهولاً وذلك باطل.

فإذا ثبت بطلان الصلح لما ذكرنا، وكانا قد عملا به ووضعا فوق الحائط ما شاءا، فالملك بينهما نصفان على ما كان من قبل، ثم لكل واحد منهما أن يأخذ صاحبه بقلع ما وضعه في الحائط من أجذاعه.

وسواء في ذلك من شرط الزيادة والنقصان، لأنه وإن كان مأذوناً فيه، فهو عن عقد فاسد، ففسد ما تضمنه من الإذن. ولأن الإذن يقتضي وضع ما يستأنفه، كما يقتضي وضع ما تقدمه، ثم كان ممنوعاً من المستأنف، فكذلك من المتقدم، ولا وجه؛ لأن يقر أجذاعاً أجذاع من شرط الزيادة لنفسه، لأن صاحبه قد شرط عليه ما لم يحصل له من وضع ما شاء من أجذاعه.

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

فصل: قال الشافعي رحمه الله: «فإن شاءا أو أحدهما، قسمت أرضه بينهما نصفين». وقد اختلف أصحابنا في تأويل هذا الكلام بحسب اختلافهم في كيفية قسمة العرصة جبراً بين الشريكين:

فذهب أبو إسحاق المروزي: إلى أنه محمول على إيقاعها جبراً إذا طلب أحدهما قسمة العرصة طولاً لا عرضاً.

وذهب أبو علي ابن أبي هريرة: إلى أنه محمول على إيقاعها جبراً على الأمرين طولاً وعرضاً، وقد مضى مشروحاً.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَ الْبَيْتُ السَّفْلُ فِي يَدَيْ رَجُلٍ، وَالْعُلُوُّ فِي يَدَيْ آخَرَ، فَتَدَاعَيَا سَقْفَهُ، فَهُوَ بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، لأَنَّ سَقْفَ السَّفْلِ تَابِعٌ لَهُ، وَسَطْحَ الْعِلْوِ أَرْضٌ لَهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا كان بيت سفله لرجل، وعلوه لآخر، فاختلفا في السقف الذي بينهما وتداعياه، فمذهب الشافعي رحمه الله: أنهما يتحالفان، ويكون بينهما نصفان.

وحكي عن مالك: أنه يكون لصاحب العلو، لأنه لا يقدر على التصرف في العلو إلا به.

وحكي عن أبي حنيفة: أنه يكون لصاحب السفل، لأنه موضوع على ملكه، كالجدار المبني في أرضه.

وكلا المذهبين غلط. وكون السقف بينهما أصح، لتساوي أيديهما عليه وتصرفهما فيه. فهو لصاحب السفل سقف ومرفق، ولصاحب العلو أرض ومقعد. ولأنه متصل بمالهما، ومجاور لملكيها، فوجب أن يستويا فيه كالحائط إذا كان بين داريهما.

فإذا ثبت أنه يكون بينهما، فلصاحب العلو أن يتصرف فيه كما كان يتصرف من قبل بالجلوس عليه، وإحراز المتاع المعتاد فيه، من غير تجاوز ولا تعد. كالحائط إذا اختلفا فيه وكانت عليه جذوع لأحدهما، جعل بينهما، وأقرت الأجذاع على حالها.

وأما صاحب السفل فارتفاقه به أن يكون مستظلاً به من غير أن يتجاوز ذلك إلى تعليق

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

شيء عليه، لأن السقف لم يوضع غالباً إلا للاستطلال. ولا وجه لما أجازه بعض أصحابنا من تعليق زنبيل عليه. ووضع خطاف فيه. لأن إيتاد الوتد في الحائط المشترك أسبل، وهو ممنوع منه، كما ذكرنا في السقف، أولى أن يكون ممنوعاً منه.

فصل: ولو تنازعا في حائط السفل، فهو لصاحب السفل إلى منتهى وضع الأجذاع مع يمينه، لأنه في يده وتحت تصرفه. ولو تنازعا في حائط العلو، فهو لصاحب العلو مما فوق أجذاع السقف، لأنه في يدي صاحب العلو وتحت تصرفه. وما كان من الحائط بين السفل والعلو في خلال أجذاع السقف فهو بينهما، لأنه تبع للسقف المشترك بينهما.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ سَقَطَ لَمْ يُجْبَرْ صَاحِبُ السَّفَلِ عَلَى بِنَائِهِ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا انهدم البيت الذي سفله لرجل وعلوه لآخر، فإنه لا يخلو حالهما من أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على تركه مهدوماً، فلا اعتراض عليهما فيه.

والثاني: أن يتفقا على بنائه فذلك لهما. ويختص صاحب السفل ببناء السفل إلى انتهاء وضع الأجذاع وصاحب العلو ببناء العلو إلى حيث كان من غير أن يزيد عليه، ولا لصاحب السفل أن يأخذه بالنقصان عنه. فلو اختلفا مع اتفاقهما أن ارتفاع السفل والعلو عشرون ذراعاً، فقال صاحب السفل: السفل خمسة عشر ذراعاً، وارتفاع العلو: خمسة أذرع، وقال صاحب العلو: بل ارتفاع السفل خمسة أذرع، وارتفاع العلو خمسة عشر ذراعاً. فقد اختلفا على أن لصاحب السفل خمسة أذرع لا نزاع فيها، ولصاحب العلو خمسة أذرع لا نزاع فيها، واختلفا في عشرة أذرع ادعاها كل واحد منهما وأيديهما معاً عليها؛ فوجب أن يتحالفا عليها ويجعل العشرة المختلف عليها بعد أيمانهما معاً بينهما نصفان:

فيصير لصاحب السفل عشرة أذرع، ولصاحب العلو عشرة أذرع، ثم يشتركان في بناء السفل، بعد أن يختص كل واحد منهما ببناء حقه، إلا أن يكون السقف لأحدهما، فيختص الذي هو له ببنائه دون غيره.

والحال الثالثة: أن يمتنع صاحب العلو من البناء ويدعو صاحب السفل إليه، فله أن

---

(١) مختصر المزني: ص١٠٦.

يختص ببناء سفله، وليس له مطالبة صاحب العلو ببناء علوه، لأنه لا حق له في بنائه، ويقدر على الانتفاع بحقه إلا أن يكون السقف بينهما؛ فيكون على ما نذكره من القولين في إجبار الشريكين على المباناة.

والحال الرابعة: وهي مسألة الكتاب: أن يمتنع صاحب السفل من بنائه، ويدعو صاحب العلو إليه ليبنى العلو عليه، ففي إجباره قولان. وهكذا الشريكان في حائط قد انهدم، إذا دعي أحدهما إلى البناء وامتنع الآخر، هل يجبر الممتنع منهما على البناء أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو قوله في القديم، وبه قال مالك: أنه يجبر الممتنع على البناء ليصل الآخر إلى حقه، لقوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ مَنْ ضَارَّ أَضَرَّ اللَّهُ بِهِ، وَمَنْ شَاقَّ شَقَّ اللَّهُ عَلَيْهِ»[1] فلما نفى لحقوق الإضرار دل على وجوب الإجبار.

ولما روي: أن الضحاك بن خليفة.

أنبع ماء بالفريض وأراد أن يجربه إلى أرضه، فلم يصل إليه إلا بعد إمراره على أرض محمد بن سلمة، فامتنع محمد من ذلك وتخاصما إلى عمر رضي الله عنه، فقال عمر لمحمد بن سلمة: ليمُرَّنَّ به أو أُمِرَّه على بطنك[2].

وروي أنه «قُضِيَ عَلَى بَعْضِ الأَنْصَارِ، بِمِثْلِ ذَلِكَ لِعَبْدِ الرَّحْمٰنِ بْنِ عَوْفٍ». وإن رسول الله ﷺ «قَضَى بِمِثْلِ ذَلِكَ لِلْزُبَيْرِ بْنِ الْعَوَّامِ عَلَى بَعْضِ الأَنْصَارِ حَتَّى قَالَ الأَنْصَارِيُّ: إِنَّ كَانَ ابْنُ عَمَّتِكَ، فَتَمْعَرُ وَجْهُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فأَنْزَلَ اللَّهُ: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى

---

(١) حديث أبي سعيد الحذري: أخرجه البيهقي ٦/ ٦٩ ـ ٧٠ وقال: تفرّد به عثمان بن محمد، عن الدراوردي وقال: رواه مالك بن أنس عن عمرو بن يحيى، عن أبيه أن رسول الله ﷺ، وهو مرسل. ثم أخرجه البيهقي من حديث أبي صرمة مرفوعاً.
وأخرجه الدارقطني ٣/ ٧٧ وبإسناده أخرجه الحاكم ٢/ ٥٨ وقال: صحيح الإسناد ولم يخرجاه. ووافقه الذهبي على شرط مسلم.
وأخرجه أحمد ١/ ٣١٣ وابن ماجة (٢٣٤٠). وفي الباب: حديث عبادة بن الصامت عند البيهقي ٦/ ١٥٧.

(٢) أخرجه البيهقي ٦/ ١٥٧ من طريق مالك، عن عمرو بن يحيى المازني، عن أبيه، أن الضحّاك بن خليفة ساق خليجاً له من العريض، فأراد أن يمرَّه في أرضٍ لمحمد بن مسلمة، فكلمّ فيه الضحك عمر بن الخطاب، فدعا محمد بن مسلمة، فأمره أن يخلّي سبيله، فقال محمد بن مسلمة إلا، فقال عمر... وقال البيهقي: وهذا مرسل.

﴿يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ﴾[1]. فلما جاء الخبر والأثر بمثل ما ذكرنا لزوال الضرر عن الجار، دل على أن الضرر يزال بالإخبار.

ولأنه لما استحقت الشفعة لزوال الضرر بها ووجبت القسمة إذا دعي إليها أحد الشريكين لينتفي الإضرار معها، كان وجوب المباناة مع ما فيها من تضاعف الضرر أولى.

والقول الثاني: قاله في الجديد وهو الصحيح، وبه قال أبي حنيفة: أنه لا إجبار في ذلك ويترك كل واحد منهما إلى أن يختار البناء، لقوله ﷺ: «لاَ يَحِلُّ مَالَ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ إِلاَّ بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ»[2].

ولأنه لا يجبر على عمارة ملكه، ولا عمارة ملك غيره في حال الانفراد، فوجب أن لا يجبر على عمارته في حال الاشتراك، كالزرع والغراس طرداً، وكنفقة البهائم عكساً. ولأنه لا يخلو أن يكون الإجبار لمصلحة نفسه، أو لمصلحة غيره، وقد تقرر أنه لا يجبر على واحد منهما.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ» فهو أنه ليس استعماله في نفي الضرر عن الطالب بإدخاله على المطلوب، بأولى من نفيه عن المطلوب بإدخاله على الطالب. إذ ليس يمكن نفيه عنهما، فتناوب الأمران فيه، فسقط الاستدلال بظاهره.

وأما حديث عمر فهو قضية في عين لا يجوز أن يستدل بعمومها، ولعل إجراء المال قد كان مستحقاً من قبل. لأن الإجماع لا يلزم أحد أن يجري ماء غيره على أرضه، وكذلك حديث الزبير.

وأما استحقاق الشفعة لإزالة الضرر بها، فلأنه لا يدخل على الغير إضرار بها. لأنه قد يأخذ ما قدر، وليس كذلك في العمارة والمباناة.

---

(١) حديث عبد الله بن الزبير: أن رجلاً من الأنصار خاصم الزبير عند النبي ﷺ في شراج الحَرَّة التي يسقون بها النخل، فقال الأنصاري: سرِّحْ الماء يمرّ، فأبى عليه، فاختصما عند النبي ﷺ فقال رسول الله ﷺ: إسْقِ يا زبير، ثم أرسلِ الماءَ إلى جارِكَ، فغضب الأنصاري. فقال: إن كان ابن عمَّتك، فتلوَّن وجهُ رسول الله ﷺ، ثم قال: «إسقِ يا زبيرُ ثم احبس الماءَ حتى يرجع إلى الجدر....».
أخرجه البخاري في المساقاة (٢٣٥٩) (٢٣٦٠) و(٢٣٦١) (٢٣٦٢) و(٢٧٠٨) وفي التفسير (٤٥٨٥)؛ ومسلم في الفضائل (٢٣٥٧) والنسائي ٨/ ٢٤٥ والترمذي (١٣٦٣) وأبو داود (٣٦٣٧) وابن ماجة (٢٤٨٠) والبيهقي ٦/ ١٥٣ وأحمد ٤/ ٥٠٤.

(٢) سبق تخريجه.

وأما القسمة فليست غرماً، وإنما هي لتمييز الملكين وإقرار الحقين، والعمارة غرم محض، فافترقا.

فصل: فإذا تقرر ما ذكرنا من القولين. فإن قلنا: بإجباره على العمارة على قوله في القديم. فإن كان موسراً أخذ بالعمارة في الحال، فإن كان في حائط مشترك كانت النفقة بينهما على قدر الملكين، وإن كان في سفل وعلو اختص صاحب السفل بعمارة سفله، وانفرد صاحب العلو بعمارة علوه، واشتركا في السقف الذي بينهما. وإن كان الممتنع معسراً قيل للطالب الداعي إلى العمارة: صاحبك معسر، وأنت بالخيار بين أن تعمر جميعه بمالك، وترجع على صاحبك إذا أيسر بقدر حصته، أو تكف.

فإن بادر الطالب بعمارة ذلك من غير استيذان حاكم، نظر: فإن كان الممتنع موسراً لم يكن له الرجوع عليه بشيء، وصار متطوعاً بالنفقة، وإن كان معسراً ففي رجوعه وجهان:

أحدهما: يرجع عليه بالنفقة إذا أيسر بها، لأنها مستحقة شرعاً، وإن لم يؤذن فيها حكماً.

والوجه الثاني: وهو أظهر، لا رجوع له بها للاختلاف فيها، فلم يستقر وجوبها إلا بحكم.

فعلى الوجه الأول: ليس للثاني أن يمنع شريكه من بيع حصته والانتفاع بها إلا بعد أخذ نفقته، فيصير كالمرهون بها، وهو قول أبو حامد المروروزي.

وعلى الوجه الثاني: ليس له منعه من البيع والانتفاع به، لأنه لا رجوع له بسببها، وهو قول الجمهور.

وإذا قلنا بقوله في الجديد: إنه لا إجبار في العمارة تركاً ومنعاً من المخاصمة، وقيل لطالبها: إن شئت أن تعمر متطوعاً لتصل إلى حقك، لم تمنع؛ ولا رجوع لك بشيء من نفقتك، ولا لك منع صاحبك من بيع حصته والانتفاع بها.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ تَطَوَّعَ صَاحِبُ الْعُلْوِ بِأَنْ يَبْنِيَ السَّفلَ كَمَا كَانَ، ثُمَّ يَبْنَى عُلْوَهُ كَمَا كَانَ فَذَلِكَ لَهُ، وَلَيْسَ لَهُ مَنْعُ صَاحِبِ السُّفلِ مِنْ سَكْنَاهُ)[١].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

قال الماوردي: وهذا صحيح. ليس لصاحب السفل منع صاحب العلو من بناء السفل والعلو، لأنه لا يصل إلى حقه من العلو إلا ببناء السفل، ولا رجوع له بالنفقة على القولين، لأنه صرح بالتطوع بها؛ ولا له إذا بناه أن يمنع صاحب السفل من سكنى سفله، لأنه حق له فلم يجز أن يمنع منه.

فأما الارتفاق بحائط السفل، فإن كان قد بناه صاحب العلو بآلة صاحب السفل، لم يكن له منعه من الارتفاق بحائطه كما جرت العادة به. وإن كان قد بناه بآلة نفسه، فله أن يمنعه من التصرف فيه والاستناد عليه.

ولا يمنعه من الجلوس في القرار والارتفاق به، فلو كان له من قبل رسم في وضع جذع أو نصب رف أو إيتاد وتد، كان له منعه من ذلك، وإن كان الرسم من قبل ذلك جارياً به؛ لأن رسمه كان في حائطه المبنى بآلته.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَنَقْضَ الْجُدْرَانَ لَهُ وَمَتَى شَاءَ أَنْ يَهْدِمهَا هَدَمَهَا)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا تطوع صاحب العلو ببناء السفل، ثم أراد هدمه، لم تخل الآلة التي بنى بها السفل من أن تكون ملكاً له، أو ملكاً لصاحب السفل. فإن كانت ملكاً لصاحب السفل، فهو متطوع بالنفقة، وليس له هدم البناء، لأن النفقة أثر لا عين. وليس له في هدم ذلك نفع، فصار كمن غصب نقره فضربها دراهماً، أو غزلاً فنسجه ثوباً، أو طيباً فضربه لبْناً، لم يكن له إعادة الدراهم نقرةً، والثوب غزلاً، واللبن طيناً، لأنه عيب لا يستفيد به نفعاً.

وإن كانت الآلة من الأجر والجص واللبن والطين ملكاً لصاحب العلو، فله هدم ذلك واسترجاع آلته، ليصل بذلك إلى عين ماله. فإن بذل له صاحب السفل قيمة ذلك، فهل يجبر صاحب العلو على قبولها أم لا؟ على ما ذكرنا من القولين.

إن قيل: إن صاحب السفل يجبر على البناء إذا سأله صاحب العلو. يجبر على أخذ القيمة إذا بذلها صاحب السفل، لأنه بذل له ما لو طالب به من قبل للزمه.

وإن قيل: أن صاحب السفل لا يجبر على البناء. لم يجبر صاحب العلو على أخذ القيمة إذا تطوع بالبناء، لأنه بذل له ما لو طولب به لم يلزمه والله أعلم.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ الشُّرَكَاءُ فِي نَهْرٍ أَوْ بِئْرٍ لاَ يُجْبَرُ أَحَدُهُمْ عَلَى الإِصْلاَحِ لِضَرَرٍ وَلاَ غَيْرِهِ، وَلاَ يُمْنَعُ المَنْفَعَةَ فَإِنْ أَصْلَحَ غَيْرَهُ فَلَهُ عَيْنُ مَالِهِ مَتَى شَاءَ نَزَعَهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا على ما ذكرنا من القولين في الشركاء، إذا كان بينهم نهر فأفسد، أو عين فغارت، أو بئر فانطمّت ودعا بعضهم إلى حفر ذلك وإصلاحه، وامتنع الباقون، فهل يجبر الممتنعون أم لا؟ على قولين:

على قوله في القديم: يجبرون. وعلى قوله في الجديد: لا يجبرون. فإن اختاروا جميعاً حفره، وإلا تركوا. وإذا اجتمعوا على الحفر جبراً، أو اختياراً، فقد اختلف الناس في مؤونة الحفر كيف تكون بينهم؟:

فذهب أبو حنيفة: إلى أن أهل النهر يجتمعون مع الأول فيحفرون معه، حتى إذا انتهى الأول إلى آخر ملكه، خرج وحفر الباقون مع الثاني، وخرج عند آخر ملكه. وحفر الباقون مع الثالث، هكذا حتى ينتهي إلى الأخير، فينفرد وحده بحفر ما يليه. قال: وإنما كان كذلك، لأن ماء أهل النهر كله يجري على أرض الأول، فوجب أن يشتركوا جميعاً في حفره، وليس يجري ماء الأول على الثاني، فلم يلزمه أن يحفر معه.

وذهب الشافعي والجمهور: إلى أن مؤونة الحفر مقسطة بينهم على قدر أملاكهم، إلا أن منهم من قسطها على مساحات الأرضين وقدر جريانها. لأن الماء الجاري فيه يسبح عليها على قدر مساحاتها وجريانها.

ومنهم: من قسطها على قدر مساحة وجوه الأراضين التي على النهر، وهو أشبه بمذهب الشافعي وقول أصحابه، لأن مؤونة الحفر تزيد بطول مساحة الوجه الذي على النهر، وتقلُّ بقصره، فوجب أن يكون معتبراً به.

فصل: وإذا تطوع بعض الشركاء في البئر أو النهر بحفره، لم يكن له منع باقي شركائه من الانتفاع بالسقي منه على ما كان مستحقاً له من قبل، لاشتراكهم فيه. وإن تفرد هذا بآثار الحفر، إلا أن تكون له آلة قد نصبها لاستسقاء الماء، كالرشا أو دلو على بئر، أو دولاب وبكرة على بئر، فله منع شركائه من الاستسقاء بآلته، لأنها ملك له لا حق فيها لغيره.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

فإذا أرادوا تعليق رشا ودلو، أو نصب دولاب وبكرةٍ، لم يكن له أن يمنعهم من ذلك، لأن في منعهم من ذلك منعاً من استسقاء الماء الذي هم فيه شركاء.

فإن كانت البئر لا تحتمل إلا رشا ودلواً واحداً، قيل له: أنت بالخيار بين أن تمكنهم من السقي برشاك ودلوك، وبين أن ترفع رشاك ودلوك عند اكتفائك لينصبوا لأنفسهم رشا ودلواً. فإن رضى بتمكينهم من السقي برشاه ودلوه. وأبوا أن يسقوا إلا برشاهم ودلوهم، كان القول قولهم في وضع دلوهم ورشاءهم، ولم يلزمهم الاستقاء بدلوه ورشاه، لأنها عارية مضمونة، فلم يجب عليهم التزام ضمانها.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فِي كِتَابِ الدَّعْوَى عَلَى كِتَابِ أَبِي حَنِيفَةَ: فَإِذَا أَفَادَ صَاحِبُ السَّفلِ مَالاً أَخَذَ مِنْهُ قِيمَةَ مَا أَنْفَقَ فِي السَّفْلِ. قَالَ الْمُزَنِيُّ: قُلْتُ أَنَا: الْأَوْلَ أَوْلَى بِقَوْلِهِ، لأَنَّ الثَّانِي مُتَطَوِّعٌ، فَلَيْسَ لَهُ أَخْذَهُ مِنْ غَيْرِهِ إِلاَّ أَنْ يُرَاضِيَهُ عَلَيْهِ)[١].

قال الماوردي: أما كتاب الدعوى على كتاب أبي حنيفة، فمن كتب الشافعي في الجديد. فاختلف أصحابنا فيما قاله فيه، فذهب المزني وابن أبي هريرة: إلى أنه أجبر فيه على البناء والمحافرة، كما أجبر عليه في القديم. فصار قوله في القديم وأحد قوليه في الجديد: وجوب المباناة والمحافرة.

فإن أعسر بها الممتنع وأنفق الطالب، رجع عليه عند يساره بما أنفق إذا كان قد أنفق بحكم حاكم.

وإن كان بغير حكم حاكم، فعلى ما ذكرنا من الوجهين.

وذهب سائر أصحابنا: إلى أنه لم يرد بذلك الإجبار على المباناة والمحافرة، وإنما هو محمول على قوله في الجديد، مع سقوط الإجبار في ذلك على أحد أمرين:

إما أن يكون صاحب السفل قد أذن لصاب العلو أن يبنى ليرجع عليه بما أنفق، فلصاحب العلو أن يرجع عليه عند يساره بما أنفق، لأنه أنفق بإذنه ونائباً عنه.

أو يكون صاحب العلو والسفل اتفقا على الهدم ليبنيا ذلك من بعد. فإذا هدماه، أجبر صاحب السفل على البناء قولاً واحداً نص عليه في الأم.

ومن أصحابنا من كان يخرج الإجبار في هذا على قولين، كالذي مضى. وليس

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

بصحيح، بل يجبر على ذلك في القولين معاً، لأنهما لما اصطلحا على الهدم والبناء، صار البناء مضموناً عليه بالشرط الذي التزمه، فوجب أن يجبر عليه ليفي بشرطه.

فلو أعسر بالبناء، كان لصاحب العلو أن يبنى ليرجع على صاحب السفل بما أنفق في بناء السفل، فيكون الذي نص عليه في كتاب الدعوى على أبي حنيفة هو ما ذكرنا.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا كَانَتْ لِرَجُلٍ نَخْلَةٌ أَوْ شَجَرَةٌ فَاسْتَعْلَتْ وَانْتَشَرَتْ أَغْصَانُهَا عَلَى دَارِ رَجُلٍ، فَعَلَيْهِ قَطْعُ مَا شَرَعَ فِي دَارِ غَيْرِهِ، فَإِنْ صَالَحَهُ عَلَى تَرْكِهِ فَلَيْسَ بِجَائِزٍ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان في دار رجل نخلة أو شجرة، فاستعلت أغصانها وانتشرت إلى دار جاره، وطالبه الجار بإزالة ما انتشر في داره من الأغصان، فذلك له. وعلى صاحب الشجرة أن يتوصل إلى إزالة ذلك عنه. لأن من ملك داراً ملك الارتفاق بعلوها والهواء فيها، فلم يكن لصاحب الشجرة إسقاط حقه. فإن كانت الشجرة يابسة، قطع الأغصان المنتشرة عنها. وإن كانت رطبة، ثناها وشدها إلى الشجرة، أو قطعها إن شاء.

فإن بادر صاحب الدار فقطع ما انتشر في داره من الأغصان، فإن كانت يابسة لا تنثني جاز ولم يضمن إذا لم يتعد. وقال بعض العراقين: يضمن إذا قطعها بغير حكم حاكم. وهذا غير صحيح، لأنه مستحق لذلك اتفاقاً، فلم يكن حكم الحاكم فيه مؤثراً.

فأما إن كانت الأغصان رطبة فهو ضامن لما نقص من قيمة الشجرة بقطع الغصن منها، لأن قطعه غير مستحق، لأنه يمكن إزالة الضرر عنه بأن يثني الغصن إلى الشجرة، ويشده معها، فصار بقطعه متعدياً.

فإن طالب صاحب الغصن أن يصالحه الجار على تركه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون الغصن في الهواء لم يستند على حائطه. فإن كان كذلك، لم يجز الصلح، وكان باطلاً، لأنه صلح على الهواء، والصلح على الهوى لا يجوز، لأنه من توابع الملك، فلم يجز إفراده بالعقد كالمرافق.

والضرب الثاني: أن يكون الغصن قد استند على حائطه، فهذا على ضربين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

أحدهما: أن يكون الغصن يابساً فالصلح على إقراره جائز، كما يجوز الصلح على وضع جزع في حائطه. وإن كان الغصن رطباً، ففي الصلح على إقراره وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وجمهور البغداديين: إن الصلح على إقراره باطل، لأنه ينمو مع الأوقات، فصار صلحاً على مجهول.

والوجه الثاني: أن الصلح عليه جائز، ويكون ما حدث فيه من النماء تبعاً لا يبطل بالجهالة، كما لا يبطل العقد بجهالة ما كان تبعاً له من المرافق والأساس، وهذا قول أكثر البصريين.

فصل: إذا غرس الرجل غرساً في أرضه، وكان يعلم أن الغرس إذا كبر وطال انتشرت أغصانه إلى دار الجار، لم يكن للجار أن يأخذه بقلعه في الحال، لأنه إنما يستحق قلع الأغصان المنتشرة في داره، وليست في الحال موجودة، وقد لا توجد من بعد. وإن وجدت، فقد يزول ملك الجار فيما بعد.

وهكذا لو أراد حفر بئر في أرضه، وكانت تصل نداوة البئر إلى حائط جاره، لم يكن للجار أن يمنعه من حفرها، لأنه متصرف في ملكه، كما لا يمنعه من وقود النار وإن تأذى بالدخان.

فصل: إذا مال حائط الرجل إلى دار جاره، فطالبه الجار بإزالة الميل عن داره، فذلك له؛ وعلى صاحب الحائط أن يهدمه ليزول الميل، أو يهدم منه القدر المائل ليتصرف الجار في هواء داره كله.

ولو كان ميل الحائط إلى دار صاحبه، وكان الجار خائفاً من انهدامه على نفسه، أو ماله، لم يلزم هدمه لأنه لم يفوت عليه في الحال حقاً ولا أتلف عليه ملكاً، وانهدامه في الثاني مضنون، وقد لا يكون.

فصل: حكي أبو بكر بن إدريس عن أبي حامد المروروزي: أن أبا إسحاق المروزي سئل عن شجرة الأترج إذا انتشرت أغصانها إلى ملك رجل، ودخل رأس الغصن في برنيةٍ له وانعقدت فيه أترجة وكبرت ولم يمكن إخراجها إلا بقطع الغصن والأترجة، أو كسر البرنية فما الواجب؟

فقال: الواجب قطع الغصن والأترجة لتسلم البرنية، لأن الغصن لما شرع في ملك غيره كان مأخوذاً بإزالته، فلما لم يزله صار مستعدياً به، فوجب أن يلتزم حكم تعديه.

ويكون القطع المتقدم واجباً عليه، وليس من صاحب البرنية تعد في وضعها في ملكه.

فقيل لأبي حامد: ما تقول في البرنية إذا كانت وديعة في بيت رجل، فوضعها في سطحه حتى وقعت فيها أترجة من غصن جاره؟ فقال: يقطع الأترجة لتسلم البرنية. لأن قطع الغصن قد كان مستحقاً من قبل، وذلك أسبق من وضع البرنية.

فقيل له: فما تقول إن كانت الشجرة في داره والبرنية في يده؟

قال: يقطع الغصن أيضاً لتسلم البرنية، لأنه متعد بوضع البرنية بحيث يدخل غصن الشجرة فيها.

فقيل له: ما تقول في حيوان بلع لؤلؤة؟ قال: لا آمر بذبحه، وأتركهم حتى يصطلحوا عليه، لأن للحيوان حرمة. ألا ترى أنه لو غصب خيطاً وخاط به جرح حيوان، لم يكلف الرد؟

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ صَالَحَهُ عَلَى دَارِهِم بِدَنَانِيرَ، أَوْ عَلَى دَنَانِيرَ بِدَرَاهِم، لَمْ يَجُزْ إِلَّا بِالْقَبْضِ. فَإِنْ قَبَضَ بَعْضاً وَبَقِيَ بَعْض، جَازَ فِيمَا قَبَضَ وَانْتَقَضَ فِيمَا لَمْ يَقْبِضْ، إِذَا رَضِيَ بِذَلِكَ المَصَالِحُ القَابِضُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ادعى عليه مائة دينار، فاعترف بها وصالحه منها على ألف درهم. أو ادعى عليه ألف درهم، فصالحه منها على مائة دينار، فالصلح جائز إذا تقابضا قبل الافتراق. لأن أخذ الدراهم عوضاً عن الدنانير صرف يلزم فيه التقابض قبل الافتراق. وهذا يوافقنا عليه أبو حنيفة، فلزمه أن يجعل الصلح معاوضة يبطل بالإنكار.

ولو كان لإسقاط الخصومة حتى يجوز مع الإنكار، لجاز فيه إسقاط حكم الربا وإن تقابضا بعد الافتراق. فإذا ثبت هذا، لم يخل حالهما من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتقابضا جميع الألف قبل الافتراق، فقد انتجز الصلح وانبرم، وسقطت المطالبة بالدنانير، واستوفى ما تضمنه عقد الصلح من الدراهم.

والقسم الثاني: أن يتفرقا قبل القبض، فالصلح باطل، ويعود المصالح إلى حقه من الدنانير فيطالب بها دون الدراهم التي صالح عليها.

والقسم الثالث: أن يتقابضا بعض الدراهم قبل الافتراق، ويبقى بعضها، فالصلح

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

باطل فيما لم يقبض. فأما في المقبوض فعلى قول أبي إسحاق المروزي: إن الفساد الطارىء بعد العقد بمثابة الفساد المقترن بالعقد، ويكون الصلح على قولين من تفريق الصفقة:

أحدهما: باطل. لبطلانه فيما لم يقبض.

والثاني: جائز.

وعلى قول جمهور أصحابنا: أن الفساد الطارىء بعد العقد مخالف لما فارق العقد، وأن فساد بعض ما تضمنته الصفقة بما يأتي من الفساد، لا يوجب فساد ما بقي إذا عري عن الفساد. فعلى هذا، يكون الصلح في المقبوض جائزاً قولاً واحداً.

ثم ينظر في المصالح، فإن كان ما اختار الفسخ عند فراقه قبل قبض البقية فلا خيار له في الفسخ، لأن فراقه قبل قبض الباقي رضىً منه بتفريق الصفقة، فلم يكن له فسخها بعد التراضي.

وإن كان أنكر فراقه قبل قبض الباقي، فهو بالخيار بين: أن يقيم، أو يفسخ. فإن فسخ رد ما قبض وطالب بالدنانير التي كانت له. وإن أقام، فعلى طريقة أبي إسحاق، يجعل فيما يأخذ به المطلوب المقبوض قولين:

أحدهما: يأخذه بكل الدنانير.

والثاني: بالحساب والقسط.

وعلى طريقة غيره: يجعل المقبوض مأخوذاً بحسابه وقسطه قولاً واحداً والله أعلم.

فصل: فأما إذا صالحه من مائة دينار على نصفها، فهذا حطيطة وإبراء يجوز أن يفارقه فيها قبل القبض. لأن صحة الإبراء، لا تكون موقوفة على قبض ما بقي.

فصل: ولو صالحه من المائة دينار على ثوب أو عبد، ففي استحقاق قبضه قبل الافتراق وجهان:

أحدهما: لا يستحق ويجوز الافتراق فيه قبل القبض، لأنه لا ربا في بيع الدنانير بثوب أو عبد.

والوجه الثاني: يستحق ويبطل الصلح فيه بالتفرق قبل القبض، لأن تأخير القبض فيه يجعله بيع دين بدين.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا أَقَرَّ أَحَدُ الوَرَثَةِ فِي دَارٍ فِي أَيْدِيهِمْ، بِحَقٍّ لِرَجُلٍ، ثُمَّ صَالَحَهُ مِنْهُ عَلَى شَيْءٍ بِعَيْنِهِ، فَالصُّلْحُ جَائِزٌ، وَالْوَارِثُ المُقِرُّ مُتَطَوِّعٌ لَا يَرْجِعُ عَلَى إِخْوَتِهِ بِشَيْءٍ)(١).

قال الماوردي: وصورتها: في رجل مات وترك داراً على ورثته، فادعى رجل أن الدار له وأن المتوفى كان قد أخذها منه إما بغصبٍ أو إجارة أو عارية، فصدَّقه أحد الورثة على دعواه وأقرَّ له بالدار وصالحه منها على مال، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يصالحه على قدر حصته من الدار.

والثاني: أن يصالحه على جميع الدار عن جميع الورثة.

والثالث: أن يصالحه عن جميع الدار لنفسه.

فإن صالحه على قدر حصته، صح الصلح فيها، وكان المدعي على مطالبته باقي الورثة ولم يكن لباقي الورثة شفعة فيما صالح عليه؛ لأنهم بإنكار الدعوى معترفون بإبطال الصلح وإسقاط الشفعة. وفيه وجه آخر لبعض أصحابنا: أن لهم الشفعة فيما صالح عليه، لأنه معترف أنه ملك ذلك بالصلح لا بالإرث.

وإن صالحه على جميع الدار عن جميع الورثة، صح الصلح إن كان بأذنهم، وفي حصته بغير إذنه وجهان مضيا فيمن صالح عن غيره:

أحدهما: يصح أيضاً، ولا يرجع عليهم بشيء.

والثاني: لا يصح. فعلى هذا، يبطل الصلح في حصص باقي الورثة، وهل يبطل في حصة المصالح؟ على قولين من تفريق الصفقة.

وإن صالحه عن جميع الدار لنفسه، فيكون في حكم من ابتاع داراً بعضها في يده وبعضها في يد غيره. فإن أقر بأنه قادر على انتزاع ذلك ممن هو في يده، صح الصلح في الجميع، وإلا بطل الصلح فيما لا يقدر على انتزاعه، وهل يبطل فيما بيده؟ على قولين والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ادَّعَى رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ بَيْتاً فِي يَدَيْهِ فَاصْطَلَحَا بَعْدَ الإِقْرَارِ عَلَى أَنْ يَكُونَ لأَحَدِهِمَا سَطْحُهُ وَالبِنَاءُ عَلَى جُدْرَانِهِ بِنَاءً مَعْلُوماً فَجَائِزٌ.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦.

قَالَ المُزَنِيُّ: لاَ يَجُوزُ أَقْيَسُ عَلَى قَوْلِهِ فِي إِبْطَالِهِ أَنْ يُعْطى رَجل مَالاً عَلَى أَنْ يَشْرَعَ فِي بِنَائِهِ حَقًّا، فَكَذَلِكَ لاَ يَجُوزُ الصُّلْحُ عَلَى أَنْ يبْنى عَلَى جُدْرَانِهِ بِنَاءً)[1].

قال الماوردي: واختلف أصحابنا في مراد الشافعي بمسطور هذه المسألة على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنها مصورة في رجل ادعى بيتاً في يد رجل، فأقر له صاحب اليد بجميع البيت. ثم أن المقر له صالح بأن وهب له علو البيت على أن له أن يبني عليه بناء معلوماً، فهذا جائز، ويكون صلح هبة لا صلح على معاوضة. فهذا قول أبي إسحاق، والمسألة تقدمت مع بيان آراء الفقهاء فيها.

والمذهب الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنها مصورة في رجل ادعى بيتاً في يدي رجل فأقر له بسفل البيت دون علوه. ثم صالحه على السفل الذي أقر له به بالعلو الذي لم يقر به ليبنى على العلو بناء معلوماً. فهذا صلح جائز، لأنه بيع سفل يعلو ليبني عليه بناء معلوماً، فيكون صلح معاوضة، فهذا قول أبي علي.

والمذهب الثالث: وهو قول أبي الطيب بن سلمة: إنها مصورة فيمن ادعى بيتاً في يدي رجل فاعترف له بجميعه، ثم أن المقر له ترك للمقر سفل البيت ترك إبراء ليبني لنفسه على ما بقي له من العلو بناء معلوماً. فهذا صلح جائز، ويكون صلح حطيطة وإبراء، فهذا قول أبي الطيب.

فصل: فأما المزني فإنه منع جواز الصلح على سقف بيته ليبني عليه بناء معلوماً، كما لا يجوز الصلح على إخراج جناح وإن كان معلوماً. وهذا خطأ.

والفرق بينهما: يمنع من تساوى حكمهما، وذلك أن الصلح على إخراج الجناح صلح على الهواء الذي لا يملك، فلم يجز أن يملك به عوضاً. والصلح على البناء على السقف صلح على مملوك، فجاز أن يملك به عوضاً، كما لو صالحه على البناء في قرار أرضه.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَو اشْتَرَى عُلْوَّ بَيْتٍ عَلَى أَنْ يَبْنَي عَلَى جُدْرَانِهِ وَيَسْكُنَ عَلَى سَطْحِهِ، أَجَزْتُ ذَلِكَ إِذَا سميًا مُنْتَهَى البُنْيَانِ، لأَنَّهُ لَيْسَ كَالأَرْضِ فِي

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٦ ـ ١٠٧.

احْتِمَالِ مَا يُبْنَى عَلَيْهَا قَالَ المُزَنِيُّ: هَذَا عِنْدِي غَيْرُ مَنْعَةٍ فِي كِتَابِ أَدَبِ القَاضِي أَنْ يَقْتَسِمَا دَاراً، عَلَى أَنْ يَكُونَ لأَحَدِهِمَا السُّفْلُ وَلِلآخَرِ العُلْوُ، حَتَّى يَكُونَ السُّفْلُ وَالْعُلْوُ لِوَاحِدٍ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. يجوز أن يشتري علو بيت دون سفله. ومنع أبو حنيفة من أفراد العلو بالعقد دون السفل، لأن العلو تبع يجري مجرى المرافق التي لا يجوز أفرادها بالعقد.

وهذا خطأ، لأن العلو عين مملوكة يجوز الانتفاع بها، فجاز أن يفرد بعقد البيع كالسفل. ولأن البناء تبع للعرصة في البيع، ويجوز إفرادها بالعقد، وكذلك العلو. وهذا دليل وانفصال.

فصل: فإذا ثبت جواز بيع العلو منفرداً دون السفل، فلا يخلو حالهما إذا تبايعاه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترطا في العقد أن يبنى عليه.

والثاني: أن يشترطا فيه أن لا يبنى عليه.

والثالث: أن يطلقا العقد.

فإن اشترطا أن يبنى عليه، لم يخل حال الشرط من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يشترطا عليه بناء معلوماً بصفاته طولاً وعرضاً، ويصفان آلته آجر وجص ولبن وطين، فهذا بيع جائز وشرط لازم. وليس للمشتري الزيادة عليه، ولا للبائع المنع منه، لأنها منفعة معلومة.

والقسم الثاني: أن يشترطا أن يبني ما شاء، فهذا شرط باطل للجهالة به، وبيع باطل لما تضمنه من بطلان الشرط الفاسد. وخالف الأرض إذا عاوضه على البناء فيها، لأن الأرض تحتمل ما يبنى عليها فلم يحتج إلى تقديره بالشرط، والعلو لا يحتمل البناء عليه إلا إلى حد مقدَّر، فافترقا.

القسم الثالث: أن يشترطا البناء ولا يشترطا قدره، ولا وصفا طوله وعرضه، بل يكون الشرط مطلقاً، ففي الشرط وجهان:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٧.

أحدهما: لازم ويبنى عليه ما احتمله، لأنه قد يتقدر عند أهل الخبرة بالمعتاد المألوف، فلم يفتقر إلى تقديره بالشرط.

والوجه الثاني: أن الشرط باطل لأن العادات فيه مختلفة، وأهل الخبرة لا يتفقون فيه، ولأنه مجهول عند المتعاقدين في الحال، وهذا أصح الوجهين. فعلى هذا، يكون البيع باطلاً لفساد ما ضمّن من الشرط. فهذا الكلام فيه إذا تبايعاه بشرط البناء عليه.

فأما إذا تبايعاه بشرط أن لا يبنى عليه، فالبيع جائز، وليس له البناء عليه، وله أن يسكن فيه ويرتفق به كيف شاء بعد أن لا يبني.

فإن قيل: فلم صح هذا العقد وقد تضمنه شرط أوقع عليه حجراً في ملكه، فصار كما لو باعه أرضاً على أن لا يبنى فيها؟.

قيل: الشرط لم يتضمن حجراً فيما ملكه بالعقد، وإنما تضمن المنع من إحداث ما ليس على ملكه في الحال.

والفرق بين العلو حيث جاز بيعه بشرط أن لا يبنى عليه، وبين الأرض حيث لم يجز بيعها بشرط أن لا يبنى فيها: أن الأرض المبيعة لم يبق للبائع فيها حق، ولا يدخل عليه بالبنيان فيها ضرر، فبطل العقد فيها باشتراط ما لا يتعلق بحقه. وليس كذلك العلو لأنه متصل بملك البائع، وفي البناء عليه إضرار به، فصار الشرط فيه متعلقاً بحقه، فافترقا. فهذا الكلام فيه إذا شرط أن لا يبني عليه.

فأما إذا تبايعاه مطلقاً بغير شرط، فهل للمشتري أن يبنى عليه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يبنى عليه ما احتمله. لأنها منفعة من منافع ملكه، فلم يجز أن يحجر عليه فيها.

والوجه الثاني: وهو أصح، ليس له البناء لما فيه من الإضرار بالسفل، وتكون منفعته مقصورة على السكنى والارتفاق بما تضمنه العقد من غير إحداث زيادة.

فأما البيع، فعلى الوجهين معاً لازم، وإنما الوجهان في جواز البناء.

فصل: فأما المزني فإنه يذهب إلى إبطال بيع العلو مفرداً عن السفل، كقول أبي حنيفة، وتعلقا بما ذكره من الصلح على إشراع الجناح الذي قد مضى الانفصال عنه.

ثم لما حكاه عن الشافعي في كتاب أدب القاضي: أنه منع من قسمة دار على أن يكون

لأحدهما سفلها، وللآخر علوها. فجعل هذا من قوله دليلاً على أن العلو لا يجوز إفراده بالعقد؛ وهذا الذي قاله المزني غير صحيح، لأن الشافعي إنما منع من قسمة الدار أن يكون علوها لأحد الشريكين وسفلها للآخر إجباراً أو كرهاً. لأن قسمة الإجبار توجب تعديل الملك بين الشريكين ليكون شطر الدار علواً وسفلاً لأحدهما وشطراً للآخر بقدر السهام في الملك.

فأما إذا تراضيا الشريكان بقسمة الدار على أن يكون سفلها لأحدهما وعلوها للآخر جاز، والصلح إنما هو عقد مراضاة لا يصح مع الإجبار، فلم يجز أن تعتبر فيه قسمة الإجبار.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَتْ مَنَازِلُ سَفَلٍ فِي يَدَيْ رَجُلٍ، وَالعُلْوُ فِي يَدَيْ آخَرَ، فَتَدَاعَيَا العَرَصَةَ، فَهِيَ بَيْنَهُمَا)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. وصورتها: أن يكون علوها لرجل وسفلها لغيره، واختلفا في عرضة الدار، فادعاها صاحب السفل وقال: هي لي، وادعاها صاحب العلو وقال: هي لي. فلا يخلو حال العرصة من أحد أمرين:

إما أن يكون عليها ممر لصاحب العلو، أو ليس له عليها ممر.

فإن كان عليها لصاحب العلو ممر واستطراق، لأنه يصعد إلى علوه بعد اجتيازه فيها، فهي بينهما بعد أن يتحالفا عليها؛ لأن كل واحد منهما متصرف فيها، فصارت بأيديهما، فوجب أن تكون بينهما.

وإن لم يكن عليها لصاحب العلو ممر، ولا له فيها استطراق، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون محولة عن ممره واستطراقه بباب أو بناء كدواخل البيوت، فيكون ذلك لصاحب السفل لا يختلف، لأنه قد تفرد بالتصرف فيه، فصار منفرداً باليد عليه.

والضرب الثاني: أن يكون متصلاً بممره وموضع استطراقه من غير حائل دونه، مثل: أن يكون ممره في بعض الصحن وباقيه متصل به، وليس لصاحب العلو استطراق فيه، فالقدر الذي يستحق فيه ممراً أو استطراقاً يكون بينهما نصفان، وما وراءه مما لا حق له في استطراقه ولا حائل دونه فيه وجهان:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٧.

أصحهما: يكون لصاحب السفل، لتفرده باليد عليه.

والثاني: وهو قول بعض أصحابنا المتأخرين: إنه يكون بينهما لاتصاله بما هذا حكمه.

ومن هذين الوجهين مضى تخريج الوجهين في عرصة الزقاق المرفوع.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ فِيهَا دَرَجٌ إِلَى عُلْوِهَا فَهِيَ لِصَاحِبِ الْعُلْوِ كَانَتْ مَعْقُودَةً أَوْ غَيْرَ مَعْقُودَةٍ، لأَنَّهَا تَتَّخذُ مَمَرّاً وَإِنْ انْتَفَعَ بِمَا تَحْتَهَا)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا اختلف صاحب السفل وصاحب العلو في درجةٍ، فادعاها كل واحد منهما، فلا يخلو حالها من أحد أمرين:

إما أن يكون تحتها مرفق لصاحب السفل، أم لا. فإن لم يكن تحتها مرفق لصاحب السفل، بل كانت صماء، فهي لصاحب العلو لأنها لا تتخذ على هذا الوجه إلا ممراً؛ فصار صاحب العلو أحقّ بها بالتصرف فيها واليد عليها، فكان أحق بها. وسواء كانت من خشب أو من غيره.

وإن كان تحتها مرفق، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مرفقاً كاملاً كبيت أو خزانة تصلح للسكنى أو إحراز القياس، فتكون الدرجة بينهما نصفين كالسقف، لأن لكل واحد منهما فيها تصرفاً وله عليها يداً، فصارا فيها سواء. إلا أن صاحب السفل مختص بالتصرف في سفلها والارتفاق به، وليس له الصعود عليها. وصاحب العلو مختص بالصعود عليها، وليس له التصرف فيما تحتها، كالسقف المجعول بين صاحب العلو والسفل ليس لكل واحد منهما أن يتصرف فيه إلا بما هو مختص به.

والضرب الثاني: أن يكون المرفق ناقصاً، مثل أن يكون تحتها رفّ أو موضع جب أو ما جرى مجراه، من غير أن يكون بيتاً كاملاً، ففيها وجهان:

أحدهما: أنها تكون بينهما نصفين كالبيت، لارتفاقهما بها. وهذا قول أبي إسحاق، وأبي علي بن أبي هريرة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٧.

والوجه الثاني: أنها لصاحب العلو، لأن تصرفه فيها أكمل ويده عليها أقوى. وهذا قول أبي حامد.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَو ادَّعَىٰ عَلَى رَجُلٍ زَرْعاً في أَرْضٍ فَصَالَحَهُ مِنْ ذَلِكَ عَلَى دَرَاهِمَ، فَجَائِزٌ لأَنَّ لَهُ أَنْ يَبِيعَ زَرْعَهُ أَخْضَرَ مِمَّنْ يَقْصِلُهُ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل بيده زرع في أرض ادعاه مدعٍ فأقر له به، وصالحه عليه بمال بذله له، فلا يخلو حال الزرع من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون مما يجوز بيعه بكل حال.

والثاني: أن يكون مما لا يجوز بيعه بحال.

والثالث: أن يكون مما يجوز بيعه بشرط القطع، ولا يجوز على الإطلاق.

فإن كان مما يجوز بيعه بكل حال كالزرع إذا اشتد وكان بارز الحب كالشعير، فيجوز الصلح عليه بالدراهم وغيرها مطلقاً وبشرط القطع، كما يجوز في البيع.

وإن كان مما لا يجوز بيعه مفرداً بحال كالبذر قبل نباته وما اشتد من الزرع إذا كان مستوراً في أكمامه كالحنطة على أصح القولين، فالصلح باطل، كما أن بيعه باطل.

وإن كان مما يجوز بيعه بشرط القطع، فإن صالح عليه بشرط القطع صح الصلح. وإن صالح عليه مطلقاً، لم يخل حال الأرض من أحد أمرين:

إما أن تكون للمصالح باذل المال، أو لا تكون. فإن لم تكن الأرض له، بطل صلحه على الزرع بغير شرط القطع، كما يبطل بيعه بغير اشتراط القطع. وإن كانت الأرض له، ففي صلحه وجهان:

أحدهما: أنه يجوز، لأنه يصير تبعاً للأرض، فصار كمشتري الزرع مع الأرض.

والوجه الثاني: أنه باطل حتى يشترط فيه القطع، لأن عقد الصلح قد انفرد بالزرع، فلا يجوز أن يجعل تبعاً لما لم يدخل فيه من الأرض.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ الزَّرْعُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ فَصَالَحَهُ

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٧.

أَحَدُهُمَا عَلَى نِصْفِ الزَّرْعِ، لَمْ يَجُزْ مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ لاَ يَجُوزُ أَنْ يُقَسَّمْ الزَّرْعُ أَخْضَرَ، وَلاَ يُجْبِرُ شَرِيكَهُ عَلَى أَنْ يَقْلَعَ مِنْهُ شَيْئاً)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. وإذا كان الزرع في يدي رجلين فادعاه رجل، فصدقه أحدهما دون الآخر، وصالحه المصدق على نصفه بمال، فإن كان الزرع مما يصح الصلح عليه بغير اشتراط القطع، كسنبل الشعير وما برز من الحبوب المشتدة، جاز الصلح. وإن كان مما يلزم اشتراط القطع فيه كالزرع الذي هو بقل لم يشتد، نظر: فإن لم تكن الأرض للمقر المصالح، فهذا الصلح باطل، لأن اشتراط القطع في نصف الزرع مشاعاً غير ممكن، وقسمته لا تلزم. وإن كانت الأرض للمقر المصالح، ففي صحة الصلح وجهان:

إن قيل: إن اشتراط القطع فيه لازم، بطل الصلح لتعذر اشتراطه فيه.

وإن قيل: إن اشتراط القطع فيه غير لازم، صح الصلح.

وهكذا لو كان الزرع كله في يد رجل واحد فأقر لمدعيه بنصفه وصالحه عليه، كان الصلح فيه على ما ذكرنا من بطلانه إن لم تكن الأرض له. وإن كانت الأرض له، فعلى وجهين. لأنه يصير مصالحاً على نصفه مشاعاً، فتعذر اشتراط قطعه. والله أعلم وبالله التوفيق وهو حسبي.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٧.

كِتَابُ الْحِوَالَةِ(١)

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَخْبَرَنَا مَالِكٌ عَنْ أَبِي الزِّنَادِ عَنِ الأَعْرَجِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ «مَطْلُ الغِنِيِّ ظُلْمٌ، وَإِذَا اتَّبَعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتَّبِعْ»(٢).

قال الماوردي: الأصل في جواز الحوالة: السنة، والإجماع.

فأما السنة: فمروية عن أبي هريرة من ثلاثة طرق، روي الشافعي منها طريقين، وروي العراقيون الثالث.

أحدها: ما رواه الشافعي: عن مالك، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة إن رسول الله ﷺ قال «مُطْلُ الْغَنِيُّ ظُلْمٌ فَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَتْبَعْ».

والثاني: ما رواه الشافعي: عن سفيان بن عيينة، عن أبي الزناد، عن الأعرج، عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال «مطَلُ الغَنِيِّ ظُلْمٌ وَمَنْ أُتْبِعَ عَلَى مَلِي فَلْيَتْبَعْ»(٣).

والثالث: تفرد به العراقيون: فرواه أبو بشر بن أبي حبيش، عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ قال «إِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءْ فَلْيَحْتَلْ».

وأما الإجماع فيما نحكيه عن عليَ وعثمان رضي الله عنهما فيما بعد.

فصل: فإذا ثبت جواز الحوالة، فأعلم أنها لا تتم إلا بأربعة: بمحيل، ومحتال، ومحال عليه، ومحال به.

---

(١) في مختصر المزني: باب الحوالة.

(٢) مختصر المزني: ص ١٠٧ وحديث أبي هريرة: أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٦٧٤ والبخاري في الحوالة (٢٢٨٧) ومسلم في المساقاة (١٥٦٤)، وأبو داود (٣٣٤٥) والنسائي ٧/ ٣١٧ والبيهقي ٦/ ٧٠ وأحمد ٢/ ٤٦٣ والبغوي (٢١٥٢).

(٣) حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري في الحوالة (٢٢٨٨) و(٢٤٠٠) ومسلم في المساقاة (١٥٦٤) والترمذي (١٣٠٨) وابن ماجة (٢٤٠٣) والبيهقي ٦/ ٧٠ وأحمد ٢/ ٤٦٣.
وقوله: «فليتبع» أي فليحتل. وإذا أتبع: أي أحيل.

فأما المحيل: فهو الذي كان الحق عليه، فنقله بالحوالة إلى ذمة غيره، فلا بد أن يكون مختاراً لنقل الحق من ذمته، فإن لم يخترها لم يجبر عليها، لأن رضاه شرط في صحته. لأن الحق إذا لزمه فالمستحق عليه أداؤه، لا نقله. ألَا ترى إنه إذا سُئِل نقل الحق إلى عين يعطها بدلاً من الحق لم يلزمه، وكذا لو سئل نقله إلى ذمة أُخرى لم يلزمه؟

فصل: وأما المحتال: فهو صاحب الحق الذي نقله من ذمة المحيل إلى ذمة أُخرى، ورضاه بنقل الحق شرط في صحة الحوالة، وليس قبولها واجباً عليه.

وقال داود وأبو ثور: قبولها إذا أُحيل على مليء واجب عليه، لقوله ﷺ: «**إِذَا أُحِيلَ أَحَدُكُمْ عَلَى مَلِيءٍ فَلْيَحْتَل**». وهذا أمر يقتضي الوجوب.

ودليلنا: قوله ﷺ «**إن لصاحب الحق يداً ومقالاً**» فكان عاماً. ولأن الحقوق التي في الذمم قد تنتقل تارة إلى ذمة بالحوالة، وتارة إلى عين بالمعاوضة، فلما ثبت أن نقله إلى العين لا يلزم إلا بالتراضي. فنقله إلى الذمة أوْلى ألَا يلزم إلا بالتراضي. لأنه بنقله إلى عين أُخرى قد وصل إلى حقه، وبنقله إلى ذمة أُخرى لم يصل إلى حقه. ولأن ما ثبت في الذمة قد يكون تارةً سلماً، وتارةً ديناً، فلما لم يلزم قبول الحوالة في السلم، لم يلزم قبول الحوالة في الدين.

أما الخبر فمحمول على الإباحة، لأنه وارد بعد حظر وهو: نهيهُ عن بيع الدين بالدين.

فصل: وأما المحال عليه فهو من انتقل الحق بالحوالة من ذمة المحيل إلى ذمته. وظاهر مذهب الشافعي: إن رضاه غير معتبر في صحة الحوالة، بل تتم برضا المحيل والمحتال، سواء رضي بذلك المحال عليه أم لم يرض. وبه قال من أصحابنا أبو العباس بن سريج وأبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة.

وقال أبو إبراهيم المزني، وأبو عبد الله الزبيري، وأبو سعيد الإصطخري، وأبو حفص بن الوكيل الحوالة: لا تتم إلا برضا المحال عليه، فإن لم يقبلها ولم يرض بها لم تصح، وبه قال أبو حنيفة ومالك. إستدلالاً بأن من كان وجوده في الحوالة شرطاً، كان رضاه فيها شرطاً، كالمحيل والمحتال.

ولأن الدين قد يتعلق بالذمة أصلاً وبالرهن فرعاً، فلما لم يكن لصاحب الدين أن يولّى الرهن غيره، فأولى ألا يكون له أن يُوَلّى الذمة غيره. ولأنه ربماكان صاحب الدين

أسهل اقتضاء وأسهل معاملة وأسمح قبضاً، فلا يرضى من عليه الدين بمعاملة غيره، لأنه بخلاف معاملته. فلذلك كان بقاء الدين بالحوالة موقوفاً على قبوله.

ودليلنا: ان من عليه الدين مملوك الذمة، فلم يكن رضاه معتبراً في نقل الملك، كبيع العبد المملوك. ولأن بالحوالة يزول هلكه عن الدين كالإبراء، فلما لم يكن رضا المبرأ معتبراً في صحة البراءة، لم يكن رضا المحال عليه معتبراً في صحة الحوالة. ولأن مالك الدين مخيَّر في استيفائه بنفسه وبغيره، كالوكيل، وكذلك بالمحتال.

فأما الجواب عما ذكروه من المحيل والمحتال، فالمعنى في المحيل: أنه مالك فكان رضاه معتبراً في زوال ملكه، والمحال عليه مملوك. والمعنى في المحتال: أنه لما لم تتم البراءة من دينه إلا برضاه، لم تتم الحوالة به إلا عن رضاه. ولما تمت البراءة عن الدين الذي على المحال عليه بغير رضاه، تمت الحوالة بغير رضاه.

وأما الجواب عن الرهن فهو: إن المرتهن لما لم يملك الرهن لم يكن له أن ينقله إلى غيره، ولما كان المحيل مالكاً للدين جاز أن ينقله إلى غيره.

وأما الجواب عن قولهم: إن من عليه الدين لم يرض إلا بمعاملته، ولا دخل إلا تحت ملكه. فمنتقضٌ بالوكيل، ثم يقال: هو كما قد ملكت ذمته كالعبد المملوك الذي لا خيار له في تمليك رقبته أشبه.

فصل: وأما المحال به، فهو الحق الذي يتحول من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وللحق ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون لازماً مستقراً.

والثاني: أن يكون غير لازم ولا مستقر.

والثالث: أن يكون لازماً غير مستقر.

فإن كان الحق لازماً مستقراً كإروش الجنايات وقيم المتلفات، وأثمان المقبوض بعقود المعاوضات، فالحوالة به إذا كانت على مثل صفته جائزة. فلو كان الحق دراهم لم يجز أن تكون الحوالة بدنانير، ولو كان بصحاح لم يجز أن تكون الحوالة بمكسرة.

ولو كان حالاً لم يجز أن تكون بمؤجل، حتى يحيله بمثله من الدراهم بدراهم، وفي الصحاح بصحاح، وفي الحال بحال، وفي المؤجل بمؤجل. فإن كان الحق المستقر من غير الدراهم والدنانير كالبُرّ والشعير، فلا يخلو من أحد أمرين:

إما أن يكون مما يجوز المعاوضة عليه قبل، قبضه أم لا. فإن كان مما تجوز المعارضة عليه قبل قبضة كالقرض، وما استهلك بالغصب، فالحوالة به جائزة. كما تجوز بالدراهم والدنانير.

وإن كان مما لا تجوز المعاوضة عليه قبل قبضه كالسلم، فقد خرَّج أبو العباس بن سريج في جواز الحوالة به وجهين من اختلاف الوجهين في الحوالة: هل هي بيع، أو عقد إرفاق؟ فجوَّز الحوالة به إن قيل: إنها عقد إرفاق، وأبطلها إن قيل: إنها بيع.

فإن كان الحق غير لازم ولا مستقر كمال الجعالة وعوض الكتابة، فالحوالة به لا تصح؛ لأن ما لم يجب قبل الحوالة لم يصر واجباً بالحوالة، وإن كان لازماً غير مستقر كالثمن في مدة الخيار؛ ففي جواز الحوالة وجهان:

أحدهما: إنه تجوز إن قيل: إنها عقد إرفاق

والثاني: لا تجوز إن قيل: إنها بيع

فأما وجوب الحق على المحال عليه، فقد اختلف أصحابنا: هل هو شرط في صحة الحوالة؟ على وجهين:

أحدهما: إنه شرط في صحة الحوالة، فمتى لم يكن للمحيل على المحال عليه ذلك الحق الذي أحال به عليه، فالحوالة باطلة؛ لأن الحوالة من تحول الحق، فلا بد من أن يكون الحق واجباً على المحال عليه، كما كان واجباً للمحتال.

والوجه الثاني: يصح وتجري مجرى الضمان، لأنها وثيقة. فعلى هذا، لا تتم إلا بقبول المحال عليه، ولا رجوع له بالحوالة قبل أدائها. فإن أداها بأمرٍ رجع بها، وإن كان بغير أمر لم يرجع بها

فصل: فإذا ثبت أن صحة الحوالة معتبرة بهذه الشروط الأربعة، فقد اختلف أصحابنا: هل هي بيع، أو عقد إرفاق ومعونة؟ على وجهين

أحدهما: وهو ظاهر نص الشافعي في كتاب السلم: إن الحوالة بيع، لأن المُحتال قد عاوض على ذمة بذمة .

والوجه الثاني: إنها عقد معونة وإرفاق، لأنها تخرج من البيوع بما يتعلق بها من الأحكام.

فإذا قيل: إنها بيع، فقد إختلف أصحابنا: هل هي بيع دين بدين يختص بالشرع، أو بيع عين بدين؟ على وجهين. ثم على كلا الوجهين لا يدخلها خيار الثلاث.

فأما خيار المجلس فعلى الوجه الذي يقول: إنها عقد معونة وإرفاق لا يدخلها خيار المجلس، لأن خيار المجلس موضوع لإستدراك الغبن في عقود المعاوضات.

وعلى الوجه الذي يقول: إنها عقد بيع، ففي خيار المجلس وجهان

أحدهما: لا يدخل فيها خيار المجلس، وهذا على الوجه الذي يقول: إنها بيع دين بدين.

والثاني: يدخل فيها خيار المجلس إذا قيل: إنها بيع عين بدين.

وعلى هذين الوجهين، هل يصح اشتراط الرهن فيها والضمان أم لا؟ فيه وجهان:

أحدهما: يصح إن قيل: إنها بيع عين بدين

والثاني: لا يصح إن قيل: إنها بيع دين بدين

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَفِي هَذَا دَلاَلَةٌ أَنَّ الحَقَّ يَتَحَوَّلُ عَلى المُحَالِ عَلَيْهِ، وَيَبْرَأُ مِنْهُ المَحيلُ فَلاَ يَرْجِعُ عَلَيْهِ غَنِيّاً أَوْ فَقِيراً، أَفْلَسَ أَوْ مَاتَ مُعْدِماً)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا قبل المحتال الحوالة، فقد انتقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه إجماعاً. فإن أفلس المحال عليه، أو جحد، لم يكن للمحتال أن يرجع على المحيل بشيء.

وقال أبو حنيفة رحمه الله: للمحتال أن يرجع على المحيل إذا مات المحال عليه مفلساً، أو جحد الحق حياً.

وقال أبو يوسف، ومحمد: يرجع عليه في هذين الموضعين. وإذا أفلس حياً. واستدلوا بحديث شعبة عن خليد بن جعفر، عن أبي إياس معونة بن قرة، عن عثمان رضي الله عنه قال: «في الحوالة أو الكفالة يرجع صاحبها لا توى على مال مسلم» ولأن الحقوق المستقرة في الذمم قد تنتقل تارةً إلى ذمة أخرى بالحوالة، وتارة إلى عين بالمعاوضة، فلما كان تلف العين قبل قبضها يوجب عود الحق إلى الذمة الأولى وجب أن يكون تلف الذّمة قبل قبض الحق منها يوجب عودة الحق إلى الذمة الأولى.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٧.

وتحريره قياساً: إنه حق إنتقل من الذمة إلى جهة فات استيفاؤه منها، فوجب أن يعود إلى الذمة التي كان ثابتاً فيها، كالأعيان التالفة قبل قبضها.

قالوا: ولأن خراب الذمة لا يخلو: أن يجرى مجرى العيب، أو الإستحقاق. فإن جرى مجرى الإستحقاق فقد عاد الحق إلى الذمة الأولى، وإن جرى مجرى العيب كان مخيّراً في الرجوع إلى الذمة الأولى.

قالوا: ولأنه لما كان خراب الذمة بالفلس يوجب عندكم عود الحق إلى العين المبيعة، كان ما يوجب عوده إلى الذمة الأولى أولى.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: قوله صلى الله عليه وسلم «وَإِذَا أُتْبِعَ أَحَدَكُمْ عَلَى مَلَيءٍ فَلْيَتْبَعَ»[1] فكان الدليل فيه من وجهين:

أحدهما: وهو دليل الشافعي رضي الله عنه: إنه لو كان له الرجوع، لما كان لإشتراط الملاءة فائدة، لأنه إن لم يصل إلى حقه رجع، فلما شرط الملاءة علم أن الحق قد إنتقل بها إنتقالاً لا رجوع له به، فاشترط الملاءة حراسة لحقه.

والدليل الثاني: قوله: «فإذا اتبع أحدكم على مليء فليتبع» فأوجب عموم الظاهر إتباع المحال عليه أبداً، أفلس أو لم يفلس.

وروى أنه كان لحزن جد سعيد بن المسيب على علي بن أبي طالب رضي الله عنه مال، فأحاله به على إنسان، فمات المحال عليه، فرجع حزن إلى عليٍّ، وقال: قد مات من أحلتني عليه، فقال: «قد إخترت علينا غيرنا أبعدك الله»، ولم يعطه شيئاً. فلو كان له الرجوع لما إستجاز علي أن يمنعه منه، وهو فعل منتشر في الصحابة لا نعرف له مخالفاً.

فإن عورض بحديث عثمان، كان الجواب عنه ما نذكره، وأما المعنى: فهو سقوط المطالبة عمن عليه الحق من غير بقاء علقةٍ تمنع من عوده، كما لو سقط بقبضٍ أو إبراء. ولأن تعذر إستيفاء الحق من المحال عليه لا يوجب فسخ الحوالة، كما لو أفلس حياً. ولأن من لزمه حق في ذمته، فموته لا يوجب فسخ العقد الذي ثبت الحق لأجله، كالمشتري بثمن مؤجل إذا مات لم يوجب موته فسخ الشراء. ولأن انتقال الحق من محل إلى مثله، لا يثبت إلا بالمراضاة قياساً على الابدال في الأعيان، ولأن الحوالة بالحق تجري مجرى القبض بدليلين:

أحدهما: إنه صرف يجوز الإفتراق فيه، فلولا إنه قبض لبطل بالإفتراق.

والثاني: إن المحيل لو مات جاز لورثته الإقتسام بالتركة لبقاء حقه فيها، فدل هذا على أن الحق مقبوض؛ والحقوق المقبوضة إذا تلفت الرجوع بها كالأعيان المقبوضة. ولأن الحوالة إسم مشتق من معناه، وهو: تحول الحق به. كما إن الضمان مشتق من إنضمام ذمة إلى ذمة، فلم يجز أن يعود الحق بعد تحوله إلا بمثل ما إنتقل به.

فأما الجواب عما استدلوا به من حديث عثمان، فمن وجوه:

أحدها: إنها رواية خليد، وهو مجهول.

والثاني: إنه منقطع، لأن معاوية بن قرة لم يلق عثمان، والحديث المنقطع غير لازم.

والثالث: إنه قال في الحوالة أو الحوالة أو الكفالة، فكان شكاً يمنع من صحة الإستدلال، لأن في الكفالة يرجع، وفي الحوالة لا يرجع، والشك يمنع من تعيينه في الحوالة.

والرابع: إنه مستعمل لأنه قال: «لا توى على مال مسلم»، فيحمل إنه لا تُوى على مال المحتال، وليس أحد الاستعمالين أولى.

وأما الجواب عن قياسهم على الأعيان التالفة، فهو: إن الحوالة قبض للحق بدليل ما مضى، وما تلف بعد قبضه لم يستحق الرجوع به كالأعيان التالفة.

وأما الجواب عما قالوا: إنه لا يخلو أن يجري مجرى العيب أو الاستحقاق، فهو أنه يجري مجرى العيب، والعيوب الحادثة بعد القبض لا تستحق الرجوع بها كالأعيان.

وأما الجواب عما ألزموه على مذهبنا من الرجوع بعين المبيع عند فلس المشتري، فهو: إننا جميعاً قد اتفقنا على الفرق بينهما، لأنهم أوجبوا الرجوع في الحوالة دون المبيع، ونحن نوجب الرجوع في المبيع دون الحوالة، فهذا فرق من حيث الإجماع.

ثم الفرق من حيث المعنى: إن العلق في الحوالة منقطعة، فلم يجز أن يعود الحق فيها، والعلق في المبيع باقيةٌ لبقاء عينه، فجاز أن يعود الحق إلى المبيع بالفلس الحادث.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَوْ يغر مِنْهُ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٧. وتتمة المسألة: «قال الشافعي: ولو كان كما قال محمد بن الحسن: إذا أفلس أو مات مفلساً رجع على المحيل لما صبر المحتال على من أحيل، لأن حقّه ثابت على المحيل، ولا يخلو من أن يكون حقّه قد تحوّل عني فصار إلى غيري، فلم يأخذني بما برئتُ منه، لأن أفلس غيري، أو لا =

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا أحاله بالحق على رجل، فكان وقت الحوالة معسراً، لم يرجع المحتال؛ كما لو حدث إعسار سواء غرّه بذكر يساره أو لم يغرّه.

وقال مالك: إن غره يذكر بيساره يرجع عليه، وإن لم يغره لم يرجع عليه، وبه قال أبو العباس بن سريج وحده من بين أصحابنا كلهم. قال: لأنه لما رجع المشتري في البيع بالغرور في العيب، وجب أن يرجع المحتال بالغرور في اليسار.

وهذا خطأ، لأنا قد دللنا على إن الإعسار لا يستحق به الرجوع إذا لم يكن غروراً، وكذا لا يستحق الرجوع مع الغرور. والعيوب لما رجع بها مع عدم الغرور بها، رجع بها مع الغرور.

والفرق بينهما: إن إعسار المحتال عليه قد يصل إليه من غير المحيل، فلم يكن له الرجوع بها مع الغرور. والعيوب قد لا يصل إليها من غير جهة البائع، فلذلك رجع بها مع الغرور، فصحَّ أن لا رجوع للمحتال بإعسار المحال عليه سواء كان إعساراً حادثاً أو سالفاً، مغروراً به أو غير مغرور.

مسائل المزني

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (هَذِهِ مَسَائِلُ تَحَرَّيتُ فِيهَا مَعَانِي قول الشَّافِعِيِّ في الحِوَالَةِ فَمِنْ ذَلِكَ: وَلَوْ اشْتَرَى عَبْداً بِأَلْفِ دِرْهَم وَقَبَضَهُ ثُمَّ أَحَالَ البَائِعَ بِالأَلْفِ عَلَى رَجُلٍ لَهُ عَلَيْهِ دَيْنٌ أَلْفُ دِرْهَم، فَاحْتَالَ، ثُمَّ إِنَّ المُشْتَرِي وَجَدَ بِالعَبْدِ عيباً فَرَدَّهُ بَطُلَتِ الحِوَالَةِ. فَإِنْ رَدَّ الْعَبْدَ بَعْدَ أَنْ قَبَضَ البَائِعَ مَا احْتَالَ بِهِ، رَجَعَ بِهِ المُشْتَرِي عَلَى البَائِعِ، وَكَانَ المُحَالُ عَلَيْهِ مِنهُ بَرِيئاً)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل اشترى من رجل عبداً بألف درهم، ثم إن المشتري أحال البائع بالألف على رجل للمشتري عليه ألف، فكان المشتري محيلاً، والبائع محتالاً، والأجنبي محالاً عليه. وفي مذهبنا على ما بينا: إن الحوالة تتم بالمحيل

= يكون حقّه تحوّل عني فلم أبرأني منه قبل أن يفلس المحال عليه. واحتجّ محمد بن الحسن بأن عثمان رضي الله عنه قال في الحوالة أو الكفالة: يرجع صاحبها، لا توى على مسلم. قال الشافعي: وهو عندي يبطل من وجهين، ولو صحّ ما كان له فيه شيء، لأنه لا يدري قال ذلك في الحوالة أو الكفالة».

(١) مختصر المزني: ص ١٠٧.

والمحتال، وليس رضا المحال عليه شرطاً فيها، فصارت الحوالة هاهنا تامة بالبائع والمشتري.

ثم إن المشتري بعد تمام الحوالة وجد بالعبد عيباً متقدماً، فردّه على البائع بعيبه، فلا يخلو حال البائع في الحوالة من أحد أمرين:

إما أن يكون قد قبض الألف من المحال عليه، أو لم يقبضها. فإن كان قد قبضها من المحال عليه، لم تبطل برد العبد، وبرىء المحال عليه منها لأنه دفعها عن أمر المالك، وكان للمشتري إذا رد العبد أن يرجع على البائع بها، لأن رد المبيع بالعيب يوجب استرجاع الثمن. فإن كان البائع لم يقبض الحوالة قبل رد المشتري عليه العبد بالعيب، فقد قال المزني هنا في جامعه الصغير: إن الحوالة قد بطلت.

وهكذا قال في حكاية شاذة في جامعه الكبير، وقد حكي عنه أنه قال في بعض النسخ من جامعه الكبير: الحوالة ثابتة لا تبطل، فاختلف أصحابنا في ذلك على أربعة طرق.

أحدها: أن الحوالة باطلة، على ما نص عليه في جامعه الصغير، وجمهور النسخ من جامعه الكبير، فإن من حكى عن الجامع صحة الحوالة خاطىء في النقل. وهذه طريقة أبو علي بن أبي هريرة وأكثر أصحابنا، لأن الحوالة تمت بالبائع والمشتري، وقد اتفقنا في الرد بالعيب على إبطال سببها، فوجب أن تبطل. ولا يجوز أن ينفسخ البيع في الرد بالعيب، ويكون البائع على حقه من استيفاء الثمن.

والطريقة الثانية: إن الحوالة ثابتة لا تبطل على الحكاية الشاذة في جامعه الكبير، وإن ما قاله في الجامع الصغير خطأ، وهذه طريقة أبي علي الطبري، وهذه أسوأ الطرق. وكان من دليله على صحتها مع فسادها بالنقل الصريح وبطلانها بالحجاج الصحيح أن قال: أخذ البائع بالثمن حوالة كأخذه بالثمن عرضاً، فلما كان إذا أخذ بالثمن عرضاً أو ثوباً، ثم ترادا بعيب، لم ينفسخ ملك البائع عن العوض الذي أخذه بالثمن، ولزمه الثمن دون العوض. كذلك إذا أخذ بالثمن حوالة لم تبطل الحوالة، وكان عليه رد بدلها، وهذا الاستدلال فاسد.

والفرق بين ما ذكره إن أخذه بالثمن عرضاً هو: عقد ثانٍ، فلم يكن فسخ أحدهما موجباً لفسخ الآخر، وليس كذلك أخذ الحوالة بالثمن، لأنه عقد واحد فإذا انفسخ بطل ما تفرع عنه.

والطريق الثالثة: إن كلا النقلين صحيح، وأنه محمول على اختلاف حالين.

فالموضوع الذي أبطل الحوالة إذا كان رد العبد قبل قبضها، وهذه طريقة كثير من أصحابنا، لأن الحوالة بعد قبضها قد انقطعت علقتها وانبرمت، ولم يلحقها الفساد. وهي قبل قبضها موقوفة عليه.

وأصح هذه الطرق: إن صح النقلان معاً، الطريقة الثالثة. وإن لم يصح النقلان، الطريقة الأولى.

فأما إذا خرج العبد حراً، أو مستحقاً، فالحوالة باطلة عند كافة أصحابنا، لأن البيع وقع فاسداً فلم تصح الحوالة بحال.

والطريقة الرابعة: إنه محمول على اختلاف حالين على غير هذا الوجه. فالموضع الذي أبطل الحوالة: إذا كان العيب متقدماً، فلا يجوز حدوث مثله بعد القبض. والموضع الذي أثبتها: إذا جاز حدوث مثل العيب بعد القبض، وكان القول في حدوثه قول البائع مع يمينه، فنكل عن اليمين وردّت على المشتري، وحلف واستحق الرد فالحوالة ثابتة لا تبطل. لأن الحوالة تبطل باتفاق المحيل والمحتال، كما كان تمامها بهما.

وإذا أنكر البائع تقدم العيب، صار بطلانها لو أبطلت بقول المحتال وحده وهو المشتري، والحوالة لا تبطل بقوله وحده، وهذه طريقة أبي إسحاق المروزي.

وأصحّ هذه الطرق إن صحّ النقلان معاً، الطريقة الثالثة. وإنْ لم يصحّ النقلان، فالطريقة الأولى. فأمّا إذا خرج العبد حراً أو مستحقاً، فالحوالة باطلة عند كافة أصحابنا، لأن البيع قد وقع فاسداً، فلم تصحّ الحوالة بحال.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ البَائِعُ أَحَالَ عَلَى المُشْتَرِي بِهَذِهِ الأَلْفِ رَجُلاً عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَم، ثُمَّ تَصَادَقَ البَائِعُ وَالمُشْتَرِي أَنَّ العبْدَ الَّذِي تَبَايَعَاهُ حُرّ الأَصْلِ، فَإِنَّ الحَوَالَةَ لاَ تَنْتَقِضُ، لأَنَّهُمَا يَبْطُلاَنِ بِقَوْلِهِمَا حَقّاً لِغَيْرِهِمَا. فَإِنْ صَدَّقَهُمَا المَحْتَالُ، أَوْ قَامَتْ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ انْتَقَضَتِ الحِوَالَةُ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: أن يشتري رجل من رجل عبداً بألف، ويكون على البائع لرجل أجنبي ألف، فيحيله على المشتري بالألف التي له عليه من ثمن العبد، فيصير البائع محيلاً، والأجنبي الغريم محتالاً، والمشتري محالاً عليه، والحوالة على ما وصفنا تتم

(١) مختصر المزني: ص ١٠٧.

بالمحيل والمحتال، فتصير حينئذ هاهنا تامة بالبائع والغريم الأجنبي. ثم إن العبد المبيع بان حُرَّ الأصل، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تقوم بحريته بيّنة عادلة، فتبطل الحوالة، لأن البينة مقبولة على الجميع.

والضرب الثاني: ألا تقوم بينة، وإنما يتصادق البائع والمشتري على حريته. فإن صدقهما الغريم الأجنبي على حرية العبد، وان الحوالة كانت بثمنه، بطلت الحوالة أيضاً؛ لأن من تمت به الحوالة قد اعترف ببطلان الحوالة وهو البائع المحيل والغريم المحتال. فإن لم يصدقهما على حرية العبد، فالقول قوله مع يمينه، ولا تبطل الحوالة، لأن الحوالة تمت بالبائع والغريم، فلم تبطل بالبائع وحده.

وهكذا لو صدقهما على حرية العبد الذي تبايعاه، وأنكر أن تكون الحوالة بثمنه، وذكر إنها بمال غيره، فالقول قول الغريم أيضاً مع يمينه، والحوالة بحالها صحيحة لما ذكرنا من التعليل.

فصل: فأما إذا رد المشتري العبد بعيب وتفاسخا البيع، فإن لم يصدقهما الغريم على إن الألف ثمنه، لم تبطل الحوالة. وإنْ صدقهما على أن الألف من ثمنه، فإن ترادا البيع وتفاسخا بالعيب من غير حكم حاكم، لم تبطل الحوالة لأنها إذا تمت لم يكن فسخها موقوفاً على خيار من لم يكن تمامها معتبراً به. وإن تفاسخا بحكم حاكم، ففي بطلان الحوالة وجهان:

أحدهما: لا تبطل الحوالة لما عللنا.

والوجه الثاني: تبطل، لأن حكم الحاكم إذا نفذ على المتبايعين بالفسخ، ارتفع حكم العقد، فلم يبق له علقة.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِن أَحَالَ رَجُلٌ عَلَى رَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَم وَضَمِنَهَا، ثُمَّ اخْتَلَفَا، فَقَالَ المُحِيلُ: أَنْتَ وَكِيلِي فِيهَا، وَقَالَ المُحْتَالُ: بَلْ أَنْتَ أَحَلْتَنِي بِمَالِي عَلَيْكَ، وَتَصَادَقَا عَلَى الْحِوَالَةِ وَالضَّمَانِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ المُحِيلِ وَالْمُحْتَالُ مُدَّعٍ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل أحال رجلاً بألف على رجل، وكان للمحتال على المحيل مال، والحوالة مطلقة لم يصرح له المحيل بأنها من حقك، ولا بأنك نائب في

(١) مختصر المزني: ص ١٠٧.

قبضها عني، وليست من حقك، بل أطلق لفظ الحوالة ثم اختلفا، فقال المحيل: أردت الوكالة بلفظ الحوالة لتكون نائباً في قبضها عني، فهي لي في يدك، وليست من حقك. وقال المحتال: بل هي حوالة من حقي، ولست نائباً فيها عنك، ولا وكيلاً لك. فمذهب المزني: إن القول قول المحيل، لأن المحتال مُدَّعى عليه يملك الحوالة، فكان القول قول المحيل في بقائها على ملكه، وصار لفظ الحوالة مستعاراً في الوكالة.

وقال أبو العباس بن سريج: القول قول المحتال، لأن ظاهر اللفظ وافق دعواه، فكان حمل الحكم على ما يقتضيه ظاهر اللفظ أولى من حمله على ما يخالفه.

فعلى قول المزني، حيث جعل القول قول المحيل: لا يخلو حال المحتال من أحد أمرين:

إما أن يكون قد قبض الحوالة، أو لم يقبضها. فإن لم يكن قبضها، فليس له أن يقبضها لأن المحيل وإن كان مقراً بالوكالة، فالمحتال منكرها بادعاء الحوالة.

فإن خالفه وقبضها، فهل تكون مضمونة عليه أم لا؟ على وجهين من اختلاف أصحابنا: هل تكون حوالة فاسدة، أو وكالة فاسدة؟.

فأحد الوجهين: إنها تكون حوالة فاسدة، فعلى هذا تكون مضمونة عليه.

والثاني: تكون وكالة فاسدة. فعلى هذا، لا ضمان عليه.

وإن كان قد قبضها فقد برىء المحال عليه منها، لأنه دفعها عن إذن مالكها. ثم لا يخلو حالها من: أن تكون باقية، أو تالفة.

فإن كانت باقية في يد المحتال، كان للمحيل انتزاعها من يده، ولم يكن للمحتال منعه منها، إلا أن لا يصل إلى حقه لمطله إلا بها، فيجوز له فيما بينه وبين الله تعالى أن يحبسها عليه ليستوفي حقه منها.

وإن كانت تالفة لا تراجع بينهما، لأن المحيل يقول: تلفت على ملكي أمانة في يدك، فهي تالفة من مالي. والمحتال يقول: تلفت بعد أن أخذتها من حقي، فقد استوفيت حقي منك.

فأما على مذهب أبي العباس بن سريج: إن القول قول المحتال، فلا يخلو حالها من: أن تكون المحتال قد قبضها، أو لم يقبضها. فإن لم يكن قبضها، فله أن يقبضها من

بعد، لأن قول المحيل لم يقبل في إبطال الحوالة. وإن كان قد قبضها، فقد بريء المحال عليه منها، وليس للمحيل أن يرجع بها سواء كانت باقية أو تالفة.

وأما قول المزني: «ولو أحال رجل بألف وضمنها له»، فقد اختلف أصحابنا في معنى قوله: «وضمنها له» على ثلاثة مذاهب: -

أحدها: إنه قال ذلك على سبيل التأكيد، وليس ضمان المحال عليه شرطاً في صحة الحوالة. وهذا قول: أبو العباس بن سريج، وأبي إسحاق المروزي، وابن أبي هريرة، ومن قال: إن الحوالة تتم بالمحيل والمحتال.

والثاني: إنه شرطٌ في صحة الحوالة، وهو قول المزني، والزبيري، والأصطخري، ومن قال: إن الحوالة تتم بالمحيل والمحتال ورضا المحال عليه.

والثالث: إنها مصورة في حوالة على من لا حق عليه للمحيل، فتجري مجرى الضمان، ولا تصح إلا برضاه وقبوله.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ الْمُحْتَالُ: أَحَلْتَنِي عَلَيْهِ لأَقْبِضَهُ لَكَ، وَلَمْ تُحِلْنِي بِمَالِي عَلَيْكَ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ، وَالْمُحِيلُ مُدَّعٍ لِلْبَرَاءَةِ مِمَّا عَلَيْهِ، فَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ)[1].

قال الماوردي: وصورتها بعكس المرأة التي تقدمتها، وهو: إنهما اختلفا بعد الحوالة المطلقة، فقال المحيل: أحلتك بمالك عليَّ، وقال المحتال: بل أحلتني لأقبضه لك نيابة عنك، وحقي باقٍ في ذمتك.

فعلى مذهب المزني: القول قول المحتال، لأن المحيل مُدّعٍ للبراءة من حقه، فكان القول قول المحتال:

وعلى مذهب ابن سريج: القول قول المحيل اعتباراً بظاهر اللفظ.

فإذا تقرر ما ذكرنا من المذهبين، فإذا قيل بمذهب المزني: إن القول قول المحتال، لا يخلو حال الحوالة من: أن تكون قد قُبِضَت، أو لم تُقبض.

فإن لم يكن المحتال قبضها، لم يجز أن يقبضها من بعد، ورجع بحقه على المحيل. وهل للمحيل أن يرجع بها على المحال عليه أم لا؟ على وجهين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٧.

أحدهما: لا يرجع عليه بها، لأنه بادعاء الحوالة معترف بها للمحتال، فلم يجز أن يرجع بحق قد اعترف به لغيره.

والوجه الثاني: يرجع بها على المحتال عليه، لأن اعترافه بها للمحتال مشروط بسقوط حقه من ذمته، فلما لم يسقط من ذمته، كان مال الحوالة باقياً على ملكه فيرجع به.

وإن كان المحتال قد قبض الحوالة، فلا يخلو من: أن تكون باقية، أو تالفة.

فإن كانت باقية، فهي في الحكم على ملك المحيل، ويقال للمحتال: إستوفِ حقك منها، لأن ادعاء المحيل إنه أحاله بها من حقه إذن منه بقبضها من حقه.

وإن كانت تالفة، كان تلفها من مال المحيل، وحق المحتال باقٍ في ذمة المحيل، وليس للمحيل أن يرجع بالحوالة على المحال عليه، لأنه دفعها بإذنه.

وإذا قيل بمذهب ابن سريج: إن القول قول المحيل، نظر: فإن لم يكن قبض الحوالة، فله أن يقبضها الآن، ولا يكون إنكاره لها من قبل بمانع لقبضها من بعد، ويصير كالمبتدىء لها بعد الخلاف.

وإن كان قد قبضها، فقد استقرت وبرىء المحيل منها، سواء كانت باقية في يده أو تالفة.

فصل: ويتفرع على ما ذكرنا من اختلاف المزني وابن سريج في هاتين المسألتين فرعان:

أحدهما: أن يقول: ضمنت لك مالك على فلان على إنه برىء منه، فعلى قياس مذهب المزني: يصح هذا، وتكون حوالة بلفظ الضمان، لأن الألفاظ مستعارة. وعلى قياس مذهب ابن سريج: يكون ضماناً باطلاً، اعتباراً بظاهر اللفظ.

والثاني: أن يقول: قد أحلتك على زيد على إنني ضامن للمال حتى تقبضه. فعلى قياس مذهب المزني: يكون هذا ضماناً بلفظ الحوالة، فيصح إذا قبل المحال عليه، لأن الألفاظ مستعارة. وعلى قياس مذهب ابن سريج: تكون حوالة فاسدة اعتباراً بظاهر اللفظ، وما اقترن به من فساد الشرط.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجُلٍ أَلْفُ دِرْهَمٍ،

فَأَحَالَهُ المَطْلُوبُ بِهَا عَلَى رَجُلٍ لَهُ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهَم، ثُمَّ أَحَالَهُ بِهَا الْمُحْتَالُ عَلَيْهِ عَلَى ثَالِثٍ لَهُ عَلَيْهِ أَلْفُ دِرْهمٍ، بَرِىءَ الأَوَّلاَنِ، وَكَانَتْ لِلطَّالِبِ عَلَى الثَّالِثِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا أُحيل بدينه على رجل، ثم إن المحال عليه أحاله بذلك على ثالث، وأحاله الثالث على رابع، صح ذلك وجاز؛ لأن الحوالة كالمعاوضة.

وهكذا لو أُحيل بدينه على رجل، ثم أحال المحتال بذلك الدين غيره، وأحال ذلك الغير لثالث، وأحال الثالث رابعاً جاز أيضاً. فيكون في المسألة الأولى بنقل الحق من ذمة إلى ذمة، والمحتال واحد. وفي هذه المسألة: الحق لا ينتقل في ذمة المحال عليه، وإنما ينتقل استحقاقه من محتال إلى محتال، والمحال عليه واحد والله أعلم.

(١) مختصر المزني: ص ١٠٧.

كتاب الضمان[1]

تحريت فيه مذهب الشافعي وقياس قوله:

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (قَالَ اللَّهُ تعالى: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ المَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ آلة زَعِيمٌ﴾ وَقَالَ تعالى: ﴿سَلْهُمْ أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ﴾ وَرُوِيَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ» وَالزَّعِيمُ فِي اللُّغَةِ هُوَ الكَفِيلُ الفصل)[2].

قال الماوردي: أما الضمان فهو أخذ الوثائق في الأموال، لأن الوثائق ثلاثة: الشهادة، والرهن والضمان. والدليل على جواز الضمان وصحته: الكتاب، والسنة.

فأما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفْقِدُ صُوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[3] فإن قيل: فالاستدلال بهذه الآية لا يصح من وجوه ثلاثة: ـ

---

(١) في مختصر المزني: باب الكفالة.

(٢) مختصر المزني: ص ١٠٨. والآية الأولى ٧٢ من سورة يوسف. والثانية: سورة القلم، الآية: ٤٠ وتتمة المسألة: «وروي عن أبي سعيد الخدري أنه قال: كنّا مع رسول الله ﷺ في جنازة، فلمّا وصفت قال ﷺ: هل على صاحبكم دين؟ فقالوا: نعم، درهما، قال: صلّوا على صاحبكم، فقال عليّ رضوان الله عليه: هما عليّ يا رسول الله وأنا لهما ضامن، فقام رسول الله ﷺ فصلّى عليه ثم أقبل على عليٍّ رضي الله عنه فقال: جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفكَّ رهانك كما فككت رهان أخيك. قال المزني: قلت أنا: وفي ذلك دليل أنّ الدّين الذي كان على الميت لزم غيره، بأن ضمنه، وروى الشافعي في قسم الصدقات أن رسول الله ﷺ قال: لا تحلّ الصدقة لغنيٍّ إلا لثلاثة، ذكر منها رجلاً تحملّ بحمالة فحلت الصدقة، قلت أنا: فكانت الصدقة محرّمة قبل الحمالة. فلمّا تحمّل لزمه الغُرم بالحمالة، فخرج من معناه، إلى أن حلّت له الصدقة».

وحديث «الزعيم غارم»: هو حديث أبي أمامة «العارية مؤدّاة، والزعيم غارم، والدين مقضيّ». أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٦٥) وقال: حديث حسن غريب. وأبو داود (٣٥٦٥) وابن ماجة (٢٣٩٨) والبيهقي ٦/ ٨٨ وأحمد ٥/ ٢٦٧ والدارقطني ٤/ ٧٠.

أمّا حديث أبي سعيد الخدري فقد سبق تخريجه. وأيضاً حديث «لا تحلّ الصدقة لغني. . .».

(٣) سورة يوسف، الآية: ٧٢.

أحدهما: إنها حكاية حال محرَّفة، ونقل قصة غير صحيحة، لأن الصواع لم يفقد، والقوم لم يسرقوا. وإذا كان موضوعها كذباً، كان الاستدلال بها فاسداً. فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: إن هذا من قول المنادي، ولم يكن يعلم بما فعل يوسف، فلما فقد الصواع ظن أنهم قد سرقوه، فنادى بهذا وهو يعتقد أنه حق وصدق.

والثاني: إن يوسف فعل ذلك عقوبة لإخوته، فخرج من باب الكذب إلى حد العقوبة والتأديب. ثم رَغب الناس فيما بذله لهم، بما قد استقرَّ عندهم لزومه ووجوبه، ليكون ادعى إلى طلبتهم، وتحقيق القول عليهم زيادة في عقوبتهم.

والسؤال الثاني: إن الآية تناولت ضمان مال مجهول، لأن حمل البعير مجهول، وضمان المجهول باطل. فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: إن حمل البعير كان عندهم عبارة عن قدر معلوم كالوسق، كان موضوعاً لحمل الناقة، ثم صار مستعملاً في قدر معلوم.

والثاني: إن الآية دالة على أمرين:

أحدهما: جواز الضمان.

والثاني: صحته في القدر المجهول. فلما خرج بالدليل ضمان المجهول، كان الباقي على ما اقتضاه التنزيل.

والسؤال الثالث: إنه ضمان مال الجعالة، وضمان مال الجعالة باطل.

والجواب عنه: إن أصحابنا قد اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة على وجهين:

أحدهما: يجوز ضمانه، فعلى هذا سقط السؤال.

والثاني: أنه لا يصح. فعلى هذا، لا يمتنع قيام الدليل على فساد ضمان مال الجعالة من التعلق بباقي الآية. وقال تعالى: ﴿سَلْهُمْ أَيُّهُمْ بِذَلِكَ زَعِيمٌ﴾[1] وإن كان على طريق التحدي، فهو دال على جواز الضمان والزعيم الضمين، وكذلك الكفيل والحميل والصبير. ومعنى جميعها واحد، غير أن العرف جار بأن الضمين مستعمل في الأموال،

(١) سورة القلم، الآية: ٤٠.

والحميل في الديات، والكفيل في النفوس، والزعيم في الأمور العظام، والصبير في الجميع، وإن كان الضمان يصح بكل واحد منهما ويلزم.

وأما السنة: فروي ابن عباس، عن شرحبيل بن مسلمة عن أبي أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إِنَّ اللَّهُ تَعَالَى قَدْ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍ حَقَّهُ، فَلَا وَصِيَّةٌ لِوَارِثٍ، لَا تُنْفِقُ الْمَرْأَةُ شَيْئاً مِنْ بَيْتِهَا إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا». قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا الطَّعَامَ قَالَ: «ذَلِكَ أَفْضَلُ أَمْوَالِنَا»، ثُمَّ قَالَ: «الْعَارِيَةُ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ، وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودَةٌ وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ»(١).

وروى زائدة، عن عبد الله بن محمد بن عقيل، عن جابر قال: توفي رجل منا فغسلناه، ثم كفنّاه، ثم أتيت النبي ﷺ، ليصلي عليه، فخطا خطوة، ثم قال: «أَعَلَيْهِ دَيْنٌ؟» قلنا: دِينَارَانِ، فَانْصَرَفَ فَتَحَمَّلَهَا أَبُو قَتَادَةَ، وقال: عَلَيَّ الدِّينَارَانِ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «عَلَيْكَ حَقُّ الْغَرِيمِ، وَبَرِيءَ الميتُ منه»، قال: نعم، قال: فصلى عليه، ثم قال بعد ذلك بيوم: ما فعل الديناران؟، قَالَ: إِنَّمَا مَاتَ أَمْسِ، ثُمَّ عَادَ عَلَيْهِ بِالْغَدِ، فَقَالَ: «قَدْ قَضَيْتُهَا قَالَ الآنَ بَرِدَتْ عَلَيْهِ جِلْدَةَ»(٢).

وروي أبو سعيد الخدري قال: كنا مع النبي ﷺ في جنازة، فلما وُضِعَتْ، قال ﷺ: «هَلْ عَلَى صَاحِبِكُمْ مِنْ دَيْنٍ؟» قَالُوا: نَعَمْ دِرْهَمَانِ، قَالَ: «صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ»، فَقَالَ عليٌّ رضي الله عنه: هُمَا عَلَيَّ يَا رَسُولَ اللَّهِ، وَأَنَا لَهُمَا ضَامِنٌ، فَقَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ فَصَلَّى عَلَيْهِ ثُمَّ أَقْبَلَ على عليٍّ فقال: «جَزَاكَ اللَّهُ عَنِ الإِسْلَامِ خَيْراً، وَفَكَّ رِهَانَكَ كَمَا فَكَكْتَ رِهَانَ أَخِيكَ»(٣).

وروي عكرمة عن ابن عباس: إن رجلاً لزم غريماً له بعشرة دنانير، وحلف ألا يفارقه حتى يقضيه، أو يأتيه بحميل، فجرّه إلى رسول الله ﷺ وقال: يا رسول الله إن هذا لزمني فاستنظرته شهراً فأبى حتى آتيه بحميل، أو أقضيه، فوالله ما أجدُ حميلاً وما عندي قضاء، فقال رسول الله ﷺ: «هَلْ تَسْتَنْظِرُهَا إِلَّا شَهراً؟ قال: لَا. قَالَ: فَأَنَا أَتَحَمَّلُ بِهَا عَنْكَ» فَتَحَمَّلْ بِهَا رسول الله ﷺ، فَذَهَبَ الرَّجُلُ فَأَتَاهُ بِقَدْرِ مَا وَعَدَهُ فَقَالَ لَهُ رسول الله ﷺ: «مِنْ أَيْنَ لَكَ

---

(١) حديث أبي أمامة: سبق تخريجه.

(٢) حديث جابر: سبق تخريجه. والبيهقي ٦/ ٧٣.

(٣) حديث أبي سعيد: أخرجه البغوي (٢١٤٨) والبيهقي ٦/ ٧٣ وقال: والحديث يدور على عبيد الله الوصافي وهو ضعيف جداً، وروي من وجه آخر عن علي بإسناد ضعيف.

هَذَا الذَّهَبُ؟ قَالَ: مِنْ مَعْدَنٍ قَالَ: أَذْهَبْ فَلاَ حَاجَةَ لَنَا فِيهَا لَيْسَ فِيهَا خَيْرٌ»، وَقَضَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ[١].

وروي عبد الحميد بن أبي أمية، عن أنس أن رسول الله ﷺ أتي بجنازة فقال: «صلِّ عليها فقال: أَلَيْسَ عَلَيْهِ دَيْنٌ؟» قَالُوا: نَعَمْ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «مَا يَنْفَعُكَ أَنْ أُصَلِّي عَلَى رَجُلٍ وَهُوَ مُرْتَهِنٌ فِي قَبْرِهِ، فَلَوْ ضَمِنَ رَجُلٌ دَيْنَهُ قُمْتُ فَصَلَّيْتُ عَلَيْهِ، فَإِنَّ صَلاَتِي تَنْفَعُهُ»[٢].

وروي ابن شهاب، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، عن أبي هريرة إن رسول الله ﷺ كان يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين، فيسأل: «هَلْ تَرَكَ قَضَاءً»؟ فَإِنْ حَدَثَ إِنَّهُ تَرَكَ وَفَاءً، صَلَّى عَلَيْهِ، وَإِلاَّ قَالَ لِلْمُسْلِمِينَ: «صَلُّوا عَلَى صَاحِبِكُمْ، فَلَمَّا فتحَ، اللَّهُ عَلَيْهِ الْفُتُوحَ، قَامَ فَقَالَ: أَنَا أَوْلَى بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنْفُسِهِمْ، مَنْ تُوفِّي مِنَ الْمُؤْمِنِينَ فَتَرَكَ دَيْناً فَعَلَيَّ قَضَاؤُهُ، وَمَنْ تَرَكَ مَالاً فَلِوَرَثَتِهِ»[٣].

وفي قوله: «من تركَ ديناً فعليَّ قضاؤُهُ، ومَنْ ترك مالاً فلورثته» تأويلان:

أحدهما: معناه من ترك ديناً عليه ولا قضاء، فعليَّ قضاؤه من مال الصدقات وسهم الغارمين، ومن ترك مالاً لا دين عليه، فهو لورثته.

والثاني: معناه: من ترك ديناً له ومالاً، فعليَّ اقتضاء الدين واستخراجه ممن هو عليه حتى يصير مع ماله الذي تركه إلى ورثته.

فإن قيل: فلم كان يمتنع من الصلاة على من عليه دين إذا مات معسراً، ولا يمتنع من الصلاة إذا مات موسراً، والمعسر في الظاهر معزور، والموسر غير معزور؟.

قيل: لأن الموسر يمكن قضاء دينه من تركته، والمعسر لا يمكن قضاء دينه، وقد قال: «نفس المؤمن معلقة بدينه حتى يقضى»، فلما كان مرتهناً بدينه لم تنفعه الصلاة عليه ولا الدعاء له، إلا بعد قضائه.

وقيل: بل كان يفعل ذلك زجراً عن أن يتسرع الناس إلى أخذ الديون ليكفوا عنها،

(١) حديث ابن عباس: أخرجه البيهقي: ٦/ ٧٤.

(٢) حديث أنس: أخرجه البيهقي ٦/ ٧٥.

(٣) حديث أبي هريرة: أخرجه البخاري في الكفالة (٢٢٩٨) و(٢٣٩٨) و(٢٣٩٩) و(٤٧٨١) و(٥٣٧١) و(٦٧٣١) و(٦٧٤٦) و(٦٧٦٣) ومسلم في الفرائض (١٦١٩) (٤) والبغوي (٢١٤٧) وسبق في الزكاة.

وقيل: بل كان يفعل ذلك ليرغب الناس في قضاء دين المعسر، فلا يضيع لأحد دين، ولا يبقى على معسر دين.

فصل: فإذا ثبت جواز الضمان، بما ذكرناه، فالضمان يتم بأربعة أشياء: بضامن، ومضمون له، ومضمون عنه، ومضمون فيه.

والمغلَّب فيه الضامن، لأن الضمان لازم من جهة الضامن دون المضمون عنه، فلا بد أن يكون عارفاً بالحق الذي ضمنه في جنسه وصفته وقدره.

واختلف أصحابنا: هل يحتاج الضامن إلى معرفة المضمون له، والمضمون عنه، أم لا؟ على ثلاثة مذاهب:

أحدها: إنه لا يحتاج إلى معرفتهما جميعاً، وهو قول أبو العباس بن سريج، لأن علياً وأبا قتادة ضمناً عمن عرفاه ولمن لا يعرفاه، مع قوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾[1] ومن يجيء به: غير معروف.

والمذهب الثاني: إنه لا يصح الضمان إلا بمعرفة المضمون له، والمضمون عنه، وهو مذهب أبي ابراهيم المزني: لأنه لما لزم معرفة الحق، لزم معرفة من عليه وله. ولأنه قد صار معاملاً للمضمون له، منفصلاً عن المضمون عنه، فاحتاج إلى معرفة المضمون له ليعرف حسن معاملته، وإلى معرفة المضمون عنه ليعرف هل هو موضع لما يفعل به؟.

والمذهب الثالث: إنه يحتاج إلى معرفة المضمون له، ولا يحتاج إلى معرفة المضمون عنه، وهو قول أبي علي بن أبي هريرة، لأن المعاملة منقطعة بينه وبين المضمون عنه، فلم يحتج إلى معرفته، والمعاملة باقية بينه وبين المضمون له فاحتاج إلى معرفته.

ثم لا يخلو حال المضمون من أحد أمرين: إما أن يكون مضمون الأصل، أو غير مضمون الأصل.

فإذا كان غير مضمون الأصل كالودائع والشرك والمضاربات، فضمانه باطل، لأن ضمان أصله غير لازم.

وإن كان مضمون الأصل، لم يخل أن يكون حقاً في الذمة، أو عيناً قائمة. فإن كان حقاً في الذمة، صح ضمانه، على ما سنشرحه في استقرار لزومه. وإن كان عيناً قائمة

(١) مختصر المزني: ص ٧٢.

كالمغصوب، والغواري، فمذهب الشافعي: إن ضمانها باطل، إلا أن تتلف فيستقر غرمها في الذمة.

وقال أبو العباس بن سريج: ضمان الأعيان جائز، كضمان ما في الذمم، لأن كلاهما حق قد لزم. وحكاه قولاً للشافعي، وهذا غير صحيح لأن العين إذا كانت باقية فالواجب ردها، وذلك مما قد يعجز عنه الضامن، فإن تلفت لزم غرم قيمتها، وذلك مما لم يضمنه الضامن مع ما فيها من الجهالة.

فعلى مذهب الشافعي: يكون ضمان الأعيان باطلاً، ولا يلزم الضامن مطالبة بسببها. وعلى مذهب ابن سريج: الضمان لها لازم، ويؤخذ الضامن بتسليم العين ما كانت باقية، فإن تعذر عليه تسليمها، صار كالمعسر بالحق يؤخر به إلى حين قدرته. فإن تلفت العين، فقد خرَّج أبو العباس في ذلك وجهين:

أحدهما: قد بطل. كمن كفل بنفس فتلفت، وبطلت الكفالة لفوات ما تعلق به الضمان

والوجه الثاني: إن الضمان ينتقل إلى القيمة، لأن القيمة تقوم مقام العين عند تلفها، ولا تمنع جهالة قدرها من لزوم ضمانها، لأنها تفرغت عن أصل معلوم. وخالفت الكفالة، لأن تلف النفس لا ينقلها إلى بدل.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فلا يصح الضمان إلا بلفظ مسموع يخاطب به الضامن، أحد أربعة أنفس. إما أن يخاطب به المضمون له فيقول: قد ضمنت لك عن فلان ألف درهم. أو يخاطب وكيل المضمون له، أو يقربه عند الحاكم، أو عند شاهد.

فإن خاطب به من سوى هؤلاء الأربعة لم يكن ذلك شيئاً، وإنما إختص بخطاب أحد هؤلاء الأربعة لأن المضمون له صاحب الوثيقة ومستحق المطالبة، فكان عقد الضمان معه أو كسبه.

وأما وكيل المضمون له، فلأنه يقوم مقامه، وأما الحاكم، فلأنه مستوفى الحقوق، والنائب عن الغائب. ولأن علياً وأبا قتادة رضي الله عنهما ضمنا عند رسول الله ﷺ، فخاطباه فامضاه.

وأما الشاهد فلأنه ممن يحفظ به الحقوق. وإذا كان كذلك، فإن خاطبه المضمون له

فتمام الضمان موقوف على المضمون له، وهل يكون مشروطاً بقبوله أو رضاه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: إن تمام الضمان مشروط بقبول المضمون له في الحال، لفظاً، لأن الضمان عقد وثيقة يفتقر إلى لفظ الضامن بالضمان، فاقتضى أن يفتقر إلى قبول المرتهن. فعلى هذا، إن تراخى القبول لم يصح الضمان، كما لا يصح بتراخي القبول في سائر العقود؛ وقد صرح بهذا القول أبو علي الطبري في إفصاحه.

والوجه الثاني: حكاه ابن أبي هريرة عن بعض شيوخه: إن رضا المضمون له شرط في لزوم الضمان، ولا يفتقر إلى القبول باللفظ؛ لأن الضمان لو كان كسائر كالعقود في أنه مشروط بالقبول، لكان مواجهة المضمون له شرطاً في صحته. فلما جاز أن يضمن له مع غيبته دل على أن لفظ القبول ليس بشرط. وقد ضمن علي وأبو قتادة دين الميت مع غيبة صاحبه، دل على إنه موقوف على الرضا دون القبول.

فعلى هذا، إذا رضا المضمون له بالضمان بقول صريح، أو ما يدل على الرضا في مجلس الضمان جاز. وإن تراضيا عن مال الضمان، فإن لم يوجد منه الرضا بالضمان حتى فارق المجلس فلا ضمان، وللضامن أن يرجع في ضمانه، ولا رجوع للضامن فيه، لأنه قد تم ولزم. فهذا حكم الضمان إذا خوطب به المضمون له.

فأما إذا خوطب به وكيل المضمون له، وهو أن يقول الضامن للوكيل: قد ضمنت لموكلك فلان ابن فلان ألف درهم عن فلان، فينظر في الوكيل: فإن كان مأذوناً له في أخذ الضمان، تم الضمان بقبول الوكيل على أحد الوجهين، وبرضاه على الوجه الثاني، ولا يكون تمامه موقوفاً على المضمون له. وكذلك في حق المولى عليه بصغرٍ، أو جنون، أو سفه. وإن كان الوكيل غير مأذون له في أخذ الضمان، كان تمام الضمان موقوفاً على علم الموكل، ثم على ما يكون من قبوله في أحد الوجهين، أو رضاه في الوجه الثاني. فهذا حكم الضمان إذا خوطب به وكيل المضمون له.

فأما إذا خوطب به الحاكم، وهو أن يقول الضامن للحاكم: قد ضمنت لفلان ابن فلان عن فلان ابن فلان ألف درهم ليرجع عليه:

فإن كان المضمون له مولى عليه لصغرٍ، أو سفهٍ، أو جنون، أجاز الحاكم ضمانه.

فإذا أجاز، صار تاماً به، وإن كان المضمون رشيداً لا يولى عليه، كان تمامه موقوفاً على علمه. ثم على ما يكون من قبوله أو برضائه، وليس للحاكم أن يجيز الضمان عليه.

وإن كان الضمان وثيقة له، لأنه عقد، فلا يصح من غيره مع سلامة حالة. فهذا حكم الضمان إذا خوطب به الحاكم.

فأما إذا خوطب به شاهد أشهده بالضامن على نفسه بالضمان، فقال: قد ضمنت لفلان عن فلان ألفاً، فأشهد عليَّ. أو لم يقل فاشهد عليَّ، فتمام هذا الضمان موقوف على الموقوف له إن كان غير مولى عليه، أو على وليه إن كان مولى عليه؛ وليس للشاهد أن يجيز الضمان على المولى عليه بخلاف الحاكم، لأن الشاهد لا ولاية له. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا ضَمِنَ رَجُلٌ عَنْ رَجُلٍ حَقّاً، فَلِلْمَضْمُونِ لَهُ أَنْ يَأْخُذَ أَيَّهُمَا شَاءَ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. الضمان وثيقة المال، لا ينتقل من ذمة المضمون عنه إلا بالأداء، وللمضمون له مطالبة كل واحد من الضامن والمضمون عنه حتى يقضي حقه من أحدهما، فيبريان معاً.

وقال ابن أبي ليلى وداود: قد انتقل الحق بالضمان من ذمة المضمون عنه، إلى ذمة الضامن، كالحوالة.

وقال زفر بن الهذيل: الحوالة كالضمان لا ينتقل بها الحق.

واستدل ابن أبي ليلى ومن تابعه على أن الحق ينتقل بالضمان كالحوالة، بقوله ﷺ: **«والزعيم غارم»** فلما خصه بالغرم، اقتضى أن يكون المضمون عنه بريئاً من الغرم. وبأن علي بن أبي طالب لما ضمن دين الميت، صلى عليه النبي ﷺ، ثم قال لعلي: **«جزاك الله عن الإسلام خيراً، وفك رهانك كما فككت رهان أخيك»**. فكان في هذا الخبر دليلان على براءة المضمون عنه بالضمان:

أحدهما: إنه ﷺ بعد أن امتنع من الصلاة عليه صلى عليه، فدل على براءة ذمته. ولو كان الدين باقياً، لكان الامتناع قائماً.

والثاني: قوله: **«فك الله رهانك كما فككت رهانَ أخيك»** فلما أخبر بفك رهانه، دل

(١) مختصر المزني: ص ١٠٨.

على براءة ذمته. ولأنه لما استحال أن يكون الجسم الواحد في مجلسين، استحال أن يكون الدين الواحد ثابتاً في الذمتين.

والدليل على صحة ما ذهبنا إليه: قوله ﷺ: «**نفسُ المؤمن معلَّقَةٌ بدينه حتى يُقضى**» فدل على أنه لا يبرأ بالضمان حتى يقضي. ولأن أبا قتادة حثه النبي ﷺ على قضاء ما ضمنه، فلما قضاه، قال له: «**الآن بردَتْ عليه جلده**»، فدل على أن الميت لم يبرأ منه إلا بالقضاء.

فإن قيل: فقد قال النبي ﷺ لأبي قتادة حين ضمن دين الميت عنه: «**عليك حق الغريم، وبرىء الميت منه**»؟.

قيل: إنما أراد: برىء من رجوعك عليه، لأن ضمانه كان بغير أمره. ولأن اسم الحوالة والضمان مشتقان من معناهما، فالحوالة مشتقة من تحوَّل الحق، والضمان مشتق من ضم ذمة إلى ذمة، فاقتضى أن يكون اختلاف أسمائهما من اختلاف معانيهما موجباً لاختلاف أحكامهما؛ ولأن الضمان وثيقة في الحق، فلم يجز أن ينتقل به الحق كالرهن.

فأما الجواب عن قوله: «**الزعيم غارم**» فهو: إنه لا يمتنع أن يكون غيره غارماً.

وأما صلاته على الميت بعد امتناعه منهما، فلأنه بالضمان صار كمن ترك وفاء، فلذلك صلى عليه.

وأما قوله: «**فك الله رهانك كما فككت رهان أخيك**»، فمعنى فك: فيما كان مانعاً من الصلاة عليه.

وأما إدعاؤهم استحالة ثبوت الدين في ذمتين. فغلط، لأن معنى ثبوت الدين في الذمة إنما هو استحقاق المطالبة به، وليس يمتنع أن يكون الحق الواحد يستحق المطالبة به لشخصين. ألا ترى أن من غصب شيئاً، ثم غصبه منه غاصب آخر واستهلكه، كان للمالك مطالبة كل واحد منهما به، ولم يكن ذلك مستحيلاً، كذلك في الضمان؟.

فصل: فإذا ثبت إن الضمان لا ينقل الحق، فالمضمون له بالخيار في مطالبة أيهما شاء. وقال أبو ثور: لا يجوز مطالبة الضامن بالحق إلا بعد عجز المضمون عنه، وقد جعله ابن أبي هريرة قولاً محتملاً، وخرجه لنفسه وجهاً.

وقال محمد بن جرير الطبري: له الخيار في أن يبتدىء بمطالبة أيهما شاء.

فإذا طالب أحدهما لم تكن له مطالبة الآخر بشيء. وهذا خطأ، لأن ثبوت الحق في

ذمة كل واحد منهما على ما وصفنا، يوجب مطالبة كل واحد منهما، ويمنع من إيقاع الحجر عليه في مطالبته. فإذا ثبت أنه بالخيار في مطالبة أيهما شاء، فحجر عليهما بالفلس، أعني: الضامن والمضمون عنه، وأراد الحاكم بيع أموالهما في دينهما، فقال: الضامن أبدأ ببيع مال المضمون عنه، فإن وفى بدينه برئت من ضمانه، وإن عجز بيع من مالي بقدره، وقال المضمون له: أريد أن أبيع مال أيكما شئت بديني، قال الشافعي رضي الله عنه في رواية حرملة: «إن كان الضامن ضمن بأمر المضمون عنه» فالقول قوله. وإن ضمن بغير أمره، فالخيار إلى المضمون له في بيع مال أيهما شاء والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ ضَمِنَ بِأَمْرِهِ وَغَرِمَ، رَجَعَ بِذَلِكَ عَلَيْهِ. وَإِنْ تَطَوَّعَ بِالضَّمَانِ، لَمْ يَرْجِعْ»[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح، وجملته: أن من ضمن مالاً عن غيره وأداه عنه، لم يخل حاله فيه من أربعة أقسام:

أحدها: أن يضمن عنه بغير أمره، ويؤديه بغير أمره.

والثاني: أن يكون الضمان بأمره، والأداء بأمره.

والثالث: أن يضمن بغير أمره ويؤديه بأمره.

والرابع: أن يضمن عنه بأمره، ويؤديه بغير أمره.

فأما القسم الأول: وهو أن يضمن عنه بغير أمره، ويؤديه بغير أمره: فلا رجوع له بما أدى بحال. وقال مالك: إن قصد به خلاص المضمون عنه لمودةٍ بينهما، أو صرح بالرجوع عند الأداء رجع عليه.

وهذا خطأ، لأن علياً وأبا قتادة لو استحقا الرجوع بما ضمنا، لما كان في ضمانهما فك لرهان الميت. ولأنه متطوع بالضمان والأداء، فصار كمن أنفق على رقبة غيره، أو علف بهائمه، لم يرجع بما أنفق لتطوعه.

وأما القسم الثاني: وهو أن يضمن عنه بأمره ويؤدي عنه بأمره، فله الرجوع لا يختلف، لأن الأمر به في الحالين يخرجه من حكم التطوع.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٨.

والقسم الثالث: وهو أن يضمن عنه بغير أمره ويؤديه بأمره. فله في الأمر بالأداء ثلاثة أحوال:

حال: يقول: أدِّ ما ضمنته، من غير أن يقول: أدِّ عني ذلك، فهذا لا رجوع للضامن به لا يختلف. لأن هذا أمرٌ بما كان لازماً له بالضمان الذي تطوع به.

والحال الثانية: أن يقول. أدِّ عني ما ضمنته لترجع به عليَّ، فله الرجوع بذلك لا يختلف، لأنه قد شرط له الرجوع في أمره بالأداء.

والحال الثالثة: أن يقول: أدِّ عني ما ضمنته، ففي رجوعه وجهان:

أحدهما: يرجع به، لأنه أمره بالغرم عنه.

والثاني: لا يرجع به، لأن هذا الأمر يحتمل أن يراد به التطوع، ويحتمل أن يراد به الرجوع.

وأما القسم الرابع: وهو أن يضمن عنه بأمره ويؤديه بغير أمره، فهذا ينظر: فإن أداه بعد المطالبة له والتشديد عليه ومحاكمته، فله الرجوع بما أدى، لأنه مستحق عليه بالضمان المأمور به. وإن أداه قبل المطالبة به، ففي رجوعه به وجهان:

أحدهما: لا رجوع له به، لأنه يصير قبل المطالبة متطوعاً بالأداء.

والوجه الثاني: وهو الصحيح، وبه قال أبو علي بن أبي هريرة وأكثر أصحابنا: له الرجوع، لأن الأداء مستحق بالضمان المأمور به، فصار مؤدياً ما وجب بالأمر. وهكذا حال الوكيل في الشراء إن أذن له الموكل في وزن الثمن عنه، كان له الرجوع به، وإن نهاه عن وزن الثمن عنه لم يكن له الرجوع به؛ وإن لم يأذن له في وزنه ولم ينهه عنه، فإن وزنه عنه بعد المحاكمة والمطالبة فله الرجوع به، وإن وزنه قبل المطالبة ففي الرجوع به وجهان.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا واستحق الضامن الرجوع على ما بيّنا، فله فيما أدّاه حالتان:

أحدهما: أن يؤدي من جنس ما ضمن.

والثاني: أن يؤدي من غير جنس ما ضمن.

فإن كان ما أداه من غير جنس ما ضمنه، مثاله: أن يضمن عنه ألف درهم فيعطي بالألف عبداً، فله أن يرجع بأقل الأمرين من قيمة العبد، أو من الألف.

فإن كانت قيمة العبد أقل، رجع بها لأنه لم يغرم غيرها. وإن كانت قيمة العبد أكثر،

رجع بالألف لأنه متطوع بالزيادة. وإن كان ما أداه من جنس ما ضمنه، فله فيه أربعة أحوال:

حال: يؤديه على مثل صفته وقدره.

وحال: يؤديه على مثل صفته ودون قدره.

وحال: يؤديه على مثل قدره، ودون صفته.

وحال: يؤديه دون قدره، ودون صفته..

فأما الحالة الأولى: وهو أن يؤديه على مثل قدره وصفته، فمثاله: أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً، فيؤدي مثلها ألف درهم بيضاً صحاحاً، فله أن يرجع بمثل ذلك.

وأما الحالة الثانية: وهو أن يؤديه على مثل صفته ودون قدره، فمثاله: أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً، فيؤدي عنها تسعماية درهم بيضاً صحاحاً، فله أن يرجع بتسعماية وهو القدر الذي أداه، لأن القدر الذي سومح به هو إبراء وليس للضامن أن يرجع بما أبرىء منه. ثم ينظر في المائة التي سومح بها الضامن، فإن كان قد أبرىء منها وحده كانت باقية على المضمون عنه يلزمه أداؤها إذا طولب بها، وإن كان قد أبرأ منها الضامن والمضمون عنه برئا جميعاً منها.

وأما الحال الثالثة: وهو أن يؤديه على مثل قدره ودون صفته. فمثاله: أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً فيؤدي عنها ألف درهم سوداً أو منكسرة، فمذهب الشافعي: إن له أن يرجع بمثل ما أدى سوداً أو منكسرة.

وقال أبو العباس بن سريج: له أن يرجع بمثل ما ضمن بألف درهم بيضاً صحاحاً، لأنه سامح الضامن بها، فصار ذلك كهبة له. وهذا خطأ، لأنه لو وهب له جميع المال بالإبراء لم يرجع بشيء، فإذا سامح بدون الصفة فأولى ألا يرجع به. ولكن لو أن المضمون له قبض المال من الضامن، ثم وهبه له بعد قبضه، فهل للضامن أن يرجع بذلك على المضمون عنه أم لا؟ على قولين مخرَّجين من اختلاف قولي الشافعي في الزوجة: إذا وهبت الصداق بعد قبضه ثم طلقها قبل الدخول، هل يرجع عليها بنصف الصداق الذي وهبته أم لا؟ على قولين.

وأما الحالة الرابعة: وهو أن يؤديه دون قدره ودون صفته، فمثاله: أن يضمن عنه ألف درهم بيضاً صحاحاً، فيؤدي عنها تسعماية سوداً أو مكسرة، فنقصان القدر لا يرجع به، وأما

نقصان الصفة فعلى مذهب الشافعي: يرجع بمثل الصفة التي أداها سوداً أو مكسرةً، وعلى مذهب ابن سريج: يرجع بها بيضاً صحاحاً.

فصل: إذا ضمن عنه كرَّ حنطة من سلم، فأدى الضامن الكرّ الحنطة، فله الرجوع على المضمون عنه بمثله. فلو أن الضامن صالح المضمون عنه على الحنطة على مال أو عرض، جاز إذا تقايضا قبل الافتراق. وإن لم يتقايضاه حتى تفرقا قبل القبض، كان على وجهين مضيا في البيوع.

ولو صالحه عن الكرِّ الحنطة على نصفه في مثل تلك الصفة جاز، وكانت حطيطة. ولو صالحه على نصف كرَّ حنطة إلى أَجل، جاز لأنه حطَّة، وأَجله أيضاً وله أن يرجع في الأجل، وليس له أن يرجع في الحطيطة.

ولو ضمن عنه كرَّ حنطة من سلم، ثم إن الضامن صالح المسلم المضمون له على رأس مال، لم يجز. ولو صالحه المضمون عنه جاز، لأَن الصلح على رأس المال إقالة، والضامن لا يملك الإقالة، والمضمون عنه يملكها. ثم يبطل الضمان، لأن الحنطة المضمونة قد بطلت بالإقالة، ورأس المال المستحق لم يتوجه إليه الضمان، فهذا الكلام فيما يرجع به الضامن وما يتفرع عليه فصل آخر.

وأما إذا عجل المضمون عنه إلى الضامن ما ضمنه عنه بأَمره قبل أن يؤديه الضامن، فإن جعله فيما عجله رسولاً ليدفعه إلى المضمون له جاز، وكان أميناً عليه لا يضمنه بالتلف. وإن دفعه إليه قضاء من ضمانه، ففيه قولان حكاهما ابن سريج.

أحدهما: يجوز. كما يجوز تعجيل الزكاة والدين المؤجل.

والقول الثاني: لا يجوز. لأن الضامن لا يستحق على المضمون له شيئاً قبل غرمه، ولأَنه دفع لا يبرأ به، لكن يكون ما أَخذه مضموناً عليه، لأَنه أخذه على أَن يكون عوضاً في حقه.

ولو كان المضمون عنه عجَّل للضامن بدلاً من الدراهم التي ضمنها عنه عبداً أو عوضاً، لم يجز على القولين معاً، لأن هذا معاوضة على ما لم يجب، وذلك تعجيل.

ثم يتفرع على ما ذكرنا من القولين في تعجيل القضاء: أن يبرىء الضامن المضمون عنه من مال الضمان قبل أدائه عنه، فيكون الإبراء مخرَّجاً على هذين القولين إن قيل: بجواز

تعجيل القضاء صح الإبراء، وإن قيل: تعجيل القضاء لا يجوز، لم يجز الإبراء والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ كُلّ ضَمان فِي دِينٍ وَكَفَالَةٍ بِدَيْنٍ وَأُجْرَةٍ، وَمَهْرٍ، وَضَمَانِ عُهْدَةٍ، وَأَرْشِ جُرْحٍ، وَدِيَةِ نَفْسٍ)[١].

قال الماوردي: وقد ذكرنا إن الأموال ضربان: أعيان، وفي الذمم. ومعنى الكلام في الأعيان، وإن ضمانها على مذهب الشافعي لا يجوز.

أما ما في الذمم فضربان: لازم، وغير لازم. فأما اللازم فضربان: مستقر. وغير مستقر.

فأما المستقر. كمثل قيم المتلفات وإروش الجنايات، وأثمان المقبوض من المبيعات، فضمان هذا كله جائز. وأما غير المستقر، فمثل ثمن المبيع في مدة الخيار، فالمذهب: جواز ضمانه للزوجة. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز لعدم استقراره.

فأما ثمن المبيع قبل القبض والأجرة قبل مضي المدة، فالصحيح: إنه في حكم المستقر، وإن جاز أن يتعقبه الفسخ فصح ضمانه. ومن أصحابنا من جعله كالمبيع في مدة الخيار، فهذا حكم ما كان لازماً. فأما ما ليس بلازم فضربان:

أحدهما: ما ليس بلازم ولا يفضي إلى اللزوم، كمال الكتابة، فضمانه لا يصح لأن لزوم الضمان فرع للزوم الدين المضمون.

والضرب الثاني: ما ليس بلازم، ولكن قد يفضي إلى اللزوم في ثاني حال: كمال الجعالة، ففي جواز ضمانه وجهان:

أحدهما: لا يصح ضمانه، لعدم لزومه في الحال.

والوجه الثاني: إن ضمانه صحيح، لأنه قد يفضي إلى اللزوم في ثاني حال.

فصل: إذا تمهد ما وصفنا في هذا التفصيل فالتفريع محمول عليه. وقد ذكر المزني سبعة أشياء فقال: «كل ضامن في دين» يعني: ضمان الديون المستقرة. ثم قال: «وكفالة بدين» يعني: إن الضامن لدين مستقر يجوز ضمان ذلك عنه. ثم قال: «وأجرة ومهر» يعني: أجور المستأجرات، ومهور الزوجات. فإن كان ذلك بعد تقضي مدة الإجارة والدخول

(١) مختصر المزني: ص ١٠٨. وتتمة المسألة: «فإن أدّى ذلك الضامن عن المضمون عنه بأمره، رجع به عليه، وإنْ أدّاه بغير أمره كان متطوّعاً لا يرجع به».

بالزوجة، جاز ضمانه لاستقراره. وإن كان قبل تقضي المدة والدخول بالزوجة، كان ذلك كثمن المبيع إذا لم يقبض، لما يجوز أن يتعقبه من الفسخ. فمن أصحابنا من جعله كالمستقر يجوز ضمانه، ومنهم من جعله كغير المستقر كالثمن في مدة الخيار على ما مضى.

ثم قال: «وضمان عهدة» يعني: ضمان الدرك في البيع، وهو رد الثمن عند استحقاق المبيع، وضمان هذا جائز إلا ما حكي عن ابن العباس بن سريج: أنه منع منه، لأنه ضمان ما لم يجب.

وهذا خطأ، لأن الدار إن لم تستحق فلا ضمان، وإن اسْتحقَّتْ بأن وجوب رد الثمن وصحة الضمان، ولا يلزم ضامن الدرك شيء إلا إذا اسْتحِقَتْ. فأما إذا رُدّت بعيب أو تقابلا البيع فيها، فلا شيء على ضامن الدرك. فلو استحق نصفها وفسخ المشتري المبيع في النصف الباقي لتبعيض الصفقة فيها، كان له أن يرجع بجميع الثمن على البائع، ولم يكن له أن يرجع على ضامن الدرك إلا بنصفه وهو ثمن المستحق دون المردود بالفسخ.

فأما إن ضمن مع العهدة قيمة ما يحدثه من بناء وغرس، لم يجز، لأن ذلك ضمان ما لم يجب، ولأنه مجهول القدر. فأما إن ضمن له إرش ما يظهر عليه من عيب، لم يجز للجهالة بقدره، وفيه وجه آخر: إنه يصح، مخرَّج من القديم في ضمان نفقة الزوجة لأنه محدود الأكثر إذ ليس ينتهي إلى جميع الثمن. وإذا بطل الضمان فيما ذكرنا، وكان مشروطاً في عقد البيع، ففي بطلان البيع وجهان مخرَّجان من اختلاف قوليّه في بطلان البيع باشتراط الرهن الفاسد فيه.

قال المزني: «وإرش جرح ودية نفس»، وضمان ذلك إن قدر دراهم أو دنانير جائز، فأما الإبل ففي جواز ضمانها وجهان مخرَّجان من اختلاف قوليه في جعل إبل الدية صداقاً.

أحدهما: ضمانها باطل للجهل بصفتها.

والوجه الثاني: إن ضمانها جائز، لأن قبيصة قال: «يا رسول الله إنِّي تحملتُ بحمالةٍ فأعِنّي»[1] فلم ينكر تحمله لها، فدل على صحة ضمانها، ولأنها موصوفة الأسنان.

---

(١) حديث قبيصة بن مخارق: أخرجه مسلم في الزكاة (١٠٤٤) وأبو داود (١٦٤٠) والنسائي ٥/٨٨ والدارمي ١/٣٩٦ والبيهقي ٧/٢١ وأحمد ٣/٤٧٧ وابن خزيمة (٢٣٦١).

فصل: فأما ضمان مال السبق والرمي. فإن كان بعد استحقاقه جاز، فأما قبل استحقاقه فقد اختلف قول الشافعي في عقد السبق والرمي: هل يجري مجرى عقد الإجارة فيصح ضمانه؟ والثاني: أنه يجري مجرى عقد الجعالة، فيكون في صحة ضمانه وجهان.

فصل: فأما ضمان نفقة الزوجات فضربان:

أحدهما: ضمان نفقة مدة ماضية، فضمانها جائز إذا عُرِفَ قدرها، لأن وجوب ما مضى مستقر.

والضرب الثاني: ضمان نفقة مدة آتية. فإن أطلق المدة ولم يقدرها بزمان معلوم بل قال: عليَّ ضمان نفقتك على زوجتك أبداً، أو ما بقيت على الزوجة، أو ما مكَّنت من نفسك، فهذا ضمان باطل للجهالة به. وإن قدر المدة وضمن لها نفقة سنة، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يضمن لها نفقة معسر، ففي صحة الضمان قولان، من اختلاف قوليه في نفقة الزوجة بماذا وجبت؟ فعلى قوله في القديم: إنها تجب بالعقد وتستحق قبضها بالتمكين. فعلى هذا، يصح ضمانها، لأنّه ضمان ما وجب. وعلى قوله في الجديد: إنها تجب بالعقد والتمكين. فعلى هذا، ضمانها باطل لأنه ضمان ما لم يجب.

والضرب الثاني: أن يضمن لها نفقة موسر، فضمان نفقة القدر الزائد ليساره باطل، لأن بقاء اليسار مجهول، فصار ضمان ما لم يجب. فأما نفقة المعسر فعلى الجديد: ضمانها باطل، وعلى القديم: على قولين من تفريق الصفقة.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ أَخَذَ الضَّامِنُ بِالْحَقِّ، وَكَانَ ضَمَانُهُ بِأَمْرِ الَّذِي هُوَ عَلَيْهِ، فَلَهُ أَخْذُهُ بِخَلَاصِهِ. وَإِنْ كَانَ بِغَيْرِ أَمْرِهِ، لَم يَكُن لَهُ أَخْذُهُ فِي قِيَاسِ قَوْلِهِ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ضمن رجل عن رجل مالاً، وأراد الضامن أن يأخذ المضمون عنه بخلاصه من الضمان وفكاكه من المطالبة، نظر: فإن كان قد ضمن عنه بغير أمره، فليس له مطالبة المضمون عنه بخلاصه، لأنه تطوع بالضمان عنه صار كالمتطوع بالغرم عنه. وإن كان قد ضمن عنه بأمره، نظر: فإن كان الضامن قد طولب بغرم ما ضمن،

(١) مختصر المزني: ص١٠٨.

كان له أن يأخذ المضمون عنه بخلاصه بفكاكه، لأنه لما كان له أن يأخذه بالغرم إذا غرم كان له أن يأخذه بالخلاص إذا طولب.

وإن كان الضامن لم يطالب بغرم ما ضمنه، فهل للضامن أن يأخذ المضمون عنه بخلاصه أم لا؟ على وجهين مخرَّجين من اختلاف القولين في تعجيل القضاء قبل الغرم.

فلو كان المضمون عنه صغيراً، أو كان الضامن قد ضمن عنه بإذن أبيه ثم طولب الضامن بالغرم، فإن كان المضمون عنه على صغره لم يبلغ فله أن يأخذ الأب بخلاصه، وإن كان قد بلغ فله أن يأخذ المضمون عنه بالخلاص دون الأب. ولو كان غير الأب قد أمره بالضمان عنه، فليس للضامن أن يأخذ إلا من أمر بخلاصه، سواء كان المضمون عنه على صغره أو قد بلغ، لأنه أمره من لا ولاية له.

فصل: إذا طولب الضامن بأداء ما ضمنه وحبس به، فأراد الضامن أن يحبس المضمون عنه قبل أداء المال، وكان ضمانه عنه بأمره، ففيه وجهان:

أحدهما: له ذلك، لأن له مثل ما عليه.

والوجه الثاني: ليس له ذلك، لأنه لم يستحق قبل الغرم مالاً يحبسه به.

فصل: فأما صفة الآمر بالضمان، فقد يكون على أحد وجهين:

إما أن يبتدىء المضمون عنه فيقول للضامن: أضمن عني لفلان كذا، فيكون هذا أمراً بالضمان.

وأما أن يبتدىء الضامن، فيقول للمضمون عنه: أضمن عنك لفلان كذا، فيقول: نعم، فيكون هذا أمراً بالضمان أيضاً. وقال أبو حنيفة: لا يكون هذا أمراً بالضمان، ويكون الأول أمراً به، وكلا الأمرين عندي سواء، بل الثاني أوكد.

فصل: فلو أمره بالضمان عنه بجعل جعله له، لم يُجزْ، وكان الجعل باطلاً. والضمان إن كان بشرط الجعل فاسداً بخلاف ما قاله إسحق بن راهوية، لأن الجعل إنما يستحق في مقابلة عمل، وليس الضمان عملاً فلا يستحق به جعلاً.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ضَمِنَ عَنِ الأَوَّلِ بِأَمْرِهِ ضَامِنٌ، ثُمَّ ضَمِنَ عَنِ الضَّامِنِ ضَامِنٌ بِأَمْرِهِ، فَجَائِزٌ»[1].

---

(١) مختصر المزني: ص١٠٨.

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ضمن رجل مالاً عن رجل، ثم ضمن عن الضامن ضامن آخر ما ضمنه عن الأول، جاز وكان الضامن الأول فرعاً للمضمون عنه، وأصلاً للضامن الثاني.

فإن قيل: أفليس الضمان وثيقة كالرهن، ثم لم يجز أخذ الرهن عن الرهن، فهلا منعتم من أخذ ضامن عن ضامن؟ قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: إن الرهن وثيقة، وأخذ الرهن على الوثيقة لا يجوز، والضمان قد أوجب في الذمة ديناً، وأخذ الضمان في الدين يجوز.

والثاني: إن الرهن عين، وأخذ الرهن في الأعيان لا يجوز، والمضمون دين في الذمة، وضمان ما في الذمة يجوز. ويجوز أن يؤخذ من الضامن رهن بما ضمنه، لأنه دين لازم، فجاز أخذ الرهن به.

فأما الضامن إذا أراد أن يأخذ من المضمون عنه رهناً بما ضمنه عنه، فإن كان بعد أداء الضامن الدين جاز لأنه قد أخذه على دين مستحق، وإن كان قبل أدائه لم يجز لأنه لم يستوجب حقاً يأخذ عليه رهناً.

فصل: إذا ضمن رجل عن رجل مالاً، ثم ضمنه عن الضامن ضامن آخر، فأراد من عليه أصل المال أن يضمن عن الضامنين ما ضمناه عنه، لم يجز. وكذا لو ضمن عن أحدهما: إما عن الأول، أو عن الثاني، لم يجز. وإنما لم يجز لأمرين:

أحدهما: إن الضمان إنما هو إثبات حق في الذمة، لم يكن ثابتاً في الذمة، والحق هاهنا قد كان قبل الضمان ثابتاً في الذمة.

والثاني: إن المضمون عنه أصل، والضامن فرعه، فلم يجز أن يصير الأصل فرعاً لفرعه.

فأما إذا كان على رجل ألف ضمنها ضامن، ثم ضمنها أيضاً ضامن آخر عمن عليه الأصل، جاز. وكان كل واحد منهما فرعاً لمن عليه الأصل، وليس أحد الضامنين فرعاً لصاحبه. فإن أراد من عليه الأصل أن يضمن عن أحد الضامنين ما ضمنه، لم يجز لما ذكرنا. ولكن لو أراد أحد الضامنين أن يضمن عن الضامن الآخر ما ضمنه، فمذهب الشافعي وما عليه جمهور أصحابنا: إن ضمانه عنه باطل، لأنه ضامن لذلك عمن عليه الأصل، فلم يكن في ضمانه إياه عن الضامن فائدة.

وقال ابن سريج: يصح ضمانه، فيصير ضامناً للألف عمن عليه الأصل، وعن الضامن أيضاً لأن الضامن قد صار ما ضمنه ديناً في ذمته، وليس أحد الضامنين فرعاً لصاحبه، فجاز لكل واحد من الضامنين أن يضمن عن صاحبه ما ضمنه معه. ثم إذا أداه، كان بالخيار بين: أن يرجع به على من عليه الأصل، وأن يرجع به على الضامن. وهذا خطأ لما ذكرنا مع عدم الفائدة فيه، وليس له إذا أداه أن يرجع به إلا على من عليه الأصل. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ قَبِضَ الطَّالِبُ حَقَّهُ مِنَ الَّذِي عَلَيْهِ أَصْلُ المَالِ، أَوْ أَحَالَهُ بِهِ، بَرِئوا جَمِيعاً. وَلَوْ قَبَضَهُ مِنَ الضَّامِنِ الأَوَّلِ رَجَعَ بِهِ عَلَى الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ، وَبَرِيءَ مِنْهُ الضَّامِنُ الآخَرُ. وَإِنْ قَبَضَهُ مِنَ الضَّامِنِ الثَّانِي رَجَعَ بِهِ عَلَى الضَّامِنِ الأَوَّلِ، وَرَجَعَ بِهِ الأَوَّلِ عَلَى الَّذِي عليه الأَصْلُ. وَلَوْ كَانَتِ المَسْئَلَةُ بِحَالِهَا فَأَبْرَأَ الطَالِبُ الضَّامِنَيْنِ جَمِيعاً، بَرِئَا، وَلاَ يَبْرَأُ الَّذِي عَلَيْهِ الأَصْلُ، لأَنَّ الضَّمَانَ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ لَيْسَ بِحَوَالَةٍ، وَلَكِنَّ الْحَقَّ عَلَى أَصْلِهِ، وَالضَّامِنُ مَأْخُوذٌ بِهِ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. قد ذكرنا إنه يجوز أن يضمن عن الضامن ضامن ثاني، وعن الثاني ثالث، وعن الثالث رابع، هكذا أبداً إلى مائة ضامن فأكثر، ويكون للمضمون له مطالبة أيهم شاء.

فإذا ضمن ضامن عن ضامن عن مضمون عنه، فللمضمون له مطالبة أي الثلاثة شاء. فإن سقط الحق المضمون، فلا يخلو من أحد أمرين:

أَما أن يكون قد استوفى بالأداء، أو سقط بالإبراء. فإن استوفاه المضمون له بالأداء، فإن أداه المضمون عنه برىء منه وبرىء الضامنان عنه، لأن ضمانهما للحق وثيقة فيه. فإذا استوفى الحق ارتفعت الوثيقة، كالرهن إذا استوفى ما رهن فيه بطل الرهن. وإن أداه الضامن الأول برىء، وبرىء المضمون عنه، وبرىء الضامن الثاني؛ لأنه حق واحد، فإذا أدى سقط. ثم للضامن الأول أن يرجع على المضمون عنه إن ضمن عنه بأمره، وإن أداه الضامن الثاني برىء، وبرىء الضامن الأول، وبرىء المضمون عنه. ثم للضامن الثاني أن يرجع على الضامن الأول إن كان ضمانه عنه بأمره، وللضامن الأول إذا غرم إن يرجع على المضمون عنه إن كان ضمانه عنه بأمره.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٨.

فلو كان الضامن الثاني ضمن عن الأول بغير أمره، وضمن الأول عن المضمون عنه بأمره، لم يكن لواحد من الضامنين أن يرجع على المضمون عنه بشيء. أما الثاني، فلأنه ضمن بغير أمر الأول. وأما الأول، فلأنه لم يغرم. وهكذا لو دفع أحدهم بالحق عرضاً أو أحال به حوالة.

فصل: وأما الإبراء، فإن أبرأ المضمون عنه برىء، وبرىء الضامنان، لأن الحق قد سقط، فزالت الوثيقة فيه كإبراء الراهن يسقط الرهن. وإن أبرأ الضامن الأول برىء وبرىء الضامن الثاني، لأنه فرع له، ولم يبرأ المضمون عنه، لأن براءة الضامن إسقاط للوثيقة؛ وسقوط الوثيقة لا يبطل الحق، كما لو فسخ المرتهن الرهن. ولو أبرأ الضامن الثاني برىء وحده، ولم يبرأ الضامن الأول، ولا المضمون عنه.

فصل: فلو كان المال المضمون من ثمن عبد فرده المضمون عنه بعيب، برىء، وبرىء الضامان، وكذا استحق. فلو مات المضمون له فورثه المضمون عنه، بطل الضمان لأنه بالإرث قد سقط عنه الحق، وسقوط الحق يبطل الضمان. ولكن لو ورثه الضامن بطل الضمان، لأنه لا يجوز أن يكون ضامناً لنفسه فكان ما على المضمون عنه باقياً بحاله للضامن إرثاً.

فلو كان المال المضمون صداقاً ففسخ النكاح بعيب قبل الدخول، سقط المهر، وبطل الضمان. فلو طلق الزوج قبل الدخول، سقط نصف الصداق، وبطل ضمانه، وبقى نصفه، وعلى الضامنين ضمانه.

فصل: وإذا أعطى المضمون عنه بالحق عبداً برىء، وبرىء الضامنان، فلو رده المضمون له بعيب عاد حقه على المضمون عنه، ولم يعد إلى ضمان الضامنين؛ لأن الضمان قد ارتفع بالإستيفاء، فلم يعد إلا باستئناف عقد. ولكن لو بان العبد مستحقاً، كان الضمان على حاله، لأنه لم يسقط.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ لَهُ عَلَى رَجُلَيْنِ أَلْفُ دِرْهَمٍ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ ضَامِنٌ عَنْ صَاحِبِهِ بِأَمْرِهِ، فَدَفَعَهَا أَحَدُهُمَا رَجَعَ بِنِصْفِهَا عَلَى صَاحِبِهِ. وَإِنْ أَبْرَأَ الطَّالِبُ أَحَدَهُمَا مِنَ الأَلْفِ، سَقَطَ عَنْهُ نِصْفُهَا الَّذِي عَلَيْهِ، وَبَرِىءَ مِنْ ضَمَانِ نِصْفِهَا الَّذِي عَلَى صَاحِبِهِ، وَلَمْ يَبْرَأْ صَاحِبُهَا مِنْ نِصْفِهَا الَّذِي عَلَيْهِ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٨.

قال الماوردي: وصورتها، في رجل له على رجلين ألف درهم من بيع أو قرض، وكل واحد منهما ضامن لما على صاحبه بأمره، فلصاحب الحق أن يطالب كل واحد منهما بألف، نصفها مما عليه في الأصل، ونصفها مما ضمنه عن صاحبه. وإذا كان كذلك فهاهنا فصلان: فصل في الأداء، وفصل في الإبراء.

فأما الأداء، فإذا كان من أحدهما فلا يخلو: من أن يؤدي جميع الألف، أو نصفها. فإن أدى جميع الألف برئا جميعاً، وكان على المؤدي أن يرجع على صاحبه بنصف الألف. فإن أدى نصفها، مثل أن يؤدى خمسماية، فلا يخلو حاله في هذا الذي أداه من أربعة أحوال:

أحدها: أن يؤديها مما عليه من الأصل، دون ما ضمنه، فيبرأ مما عليه من الأصل وهو خمسماية، ويبرأ صاحبه من ضمانها، ويبقى عليه خمسماية وهي التي ضمنها عن صاحبه، فيصير على كل واحد منهما خمسماية.

والحالة الثانية: أن يؤديها مما ضمنه دون ما عليه من الأصل، فيبرأ من ضمان الخمسماية التي على صاحبها، ويبرأ صاحبه منها، ويرجع عليه بها، ويبقى عليه خمسماية التي عليه في الأصل، وعلى صاحبه ضمانها.

والحالة الثالثة: أن يؤديها من أصل ما عليه ومن ضمانه، فيبرأ من خمسماية نصفها من أصل ما عليه، ونصفها من ضمانه. وله الرجوع بها، ويبقى عليه خمسماية: نصفها من أصل ما عليه، ونصفها من ضمانه. ويبقى على صاحبه خمسمائة: نصفها من أصل ما عليه، ونصفها من ضمانه.

والحالة الرابعة: أن يؤديها مطلقة من غير أن ينوى بها أحد المالين، ففيها لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنها تكون أداء من المالين نصفين: نصفها من أصل ما عليه، ونصفها من ضمانه، لاستواء الحقين، فوجب أن تكون عنهما نصفين.

والوجه الثاني: وبه قال أبو علي الطبري ونص عليه في إفصاحه: إنها تكون موقوفة على خياره ليجعلها أداء من أي المالين شاء: من أصل ما عليه، أو من ضمانه؛ لأن التعبير إليه قبل الأداء، فكان إلى خياره بعد الأداء.

فصل: وأَما الإبراء فله حالتان: حالة يبرىء أحدهما من جميع الألف، وحالة يبرىء من نصفها.

فإِن أَبرأه من جميع الأَلف برىء منها كلها، ويبرىء صاحبه من الخمسمائة التي ضمنها عنه لسقوطها بالإبراء، وبقي خمسمائة من أَصل ما عليه، لأَن إبراء ضامنها لا يكون إبراء لمن عليه أَصلها.

وإِن أبرأَه من خمسمائة، لم يخل في هذه الخمسمائة التي أَبرأَه منها من أَربعة أَحوال:

أحدها: أن يجعلها إبراء من أصل ما عليه، فيبرأ من خمسمائة من أصل ما عليه، ويبرأ صاحبه من ضمانها، ويبقى عليه خمسمائة من ضمانه عن صاحبه.

والحالة الثانية: أن يبرئه مما ضمنه دون ما عليه من الأصل، فيبقى عليه خمسمائة هي من أصل ما عليه، وعلى صاحبه ألف درهم، منها: خمسمائة من أصل ما عليه، وخمسمائة من ضمانه عن صاحبه.

والحالة الثالثة: أن يجعلها إبراء من المالين: نصفها من أصل ما عليه، ونصفها من ضمانه. فيبقى عليه خمسمائة، منها: مئتان وخمسون من أَصل ما عليه، ومئتان وخمسون من ضمانه. ويبقى على صاحبه سبعمائة وخمسون: خمسمائة منها من أَصل ما عليه، ومئتان وخمسون من ضمانه عن صاحبه، لأنه القدر الباقي عليه بعد الإبراء.

والحالة الرابعة: أن يبرئه من ذلك براءة مطلقة، فيكون على ما ذكرنا من الوجهين:

أحدهما: يكون إبراء من المالين على قول ابن أبي هريرة، فيكون على ما مضى.

والثاني: يكون مردوداً إلى خياره ليجعلها إبراء من أي المالين شاء على قول الطبري. فإذا جعلها من أحد المالين، جاز على ما مضى.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فإِن أَقَامَ الرَّجُلُ بَيِّنَةً أَنَّهُ بَاعَ مِنْ هَذَا الرَّجُلِ وَمِنْ رَجُلٍ غَائِبٍ عَبْداً وَقَبَضَاهُ مِنْهُ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، وَكُلّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا كَفِيلٌ ضَامِنٌ لِذَلِكَ عَلَى صَاحِبِهِ بِأَمْرِهِ، قَضَى عَلَيْهِ وَعَلَى الْغَائِبِ بِذَلِكَ، وَغَرِمَ الحَاضِرُ جَمِيعَ الثَّمَنِ، وَرَجَعَ بِالنِّصْفِ عَلَى الْغَائِبِ. قَالَ المُزَنِيُّ: وَهَذَا مِمَّا يُجَامِعُنَا عَلَيْهِ مِنْ أَنْكَرَ القَضَاءَ عَلَى غَائِبٍ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل ادعى على رجل حاضر إنه باع عليه وعلى رجل

(١) مختصر المزني: ص ١٠٨.

غائب عبداً بألف درهم، وأقبضها إياه، وإن كل واحد منهما ضامن ما على صاحبه بأمره، فصار له على هذا الحاضر بشرائه وضمانه ألف درهم، فلا يخلو حال الحاضر المدعي عليه من أحد أمرين: إما أن يقر، أو ينكر.

فإن أقر بالدعوى، لزمه دفع الألف إلى المدعي. فإذا قدم الغائب فلا رجوع له عليه بشيء، إلا أن يقر بمثل ما أقر، لأن إقراره لازم له، وليس بلازم لغيره.

وإن أنكر وكان للمدعي بينة، سمعت عليه وقضي بها. فإن ذكرت البينة في شهادة الغائب باسمه ونسبه، قضي على الحاضر بألف درهم من شرائه وضمانه. فإن لم تذكر الغائب باسمه، سمعت على الحاضر بالشراء، وهل تسمع عليه بالضمان أم لا؟ على وجهين من اختلافهم في معرفة المضمون عنه: هل يكون شرطاً في صحة الضمان أم لا؟.

فإن قيل: إن معرفته شرط في صحة الضمان عنه، لم تسمع البينة على الحاضر بالضمان، وقضي عليه بخمسماية لشرائه دون ضمانه.

وإن قيل: إن معرفته ليست بشرط، سمعت عليه، وقضى عليه بالألف لشرائه وضمانه. فإذا قضينا بالألف كلها بالبينة المسموعة عليه، ثم قدم الغائب، فأراد الحاضر أن يرجع عليه بالخمسماية التي قامت بها البينة؛ فإن اعترف له الضامن بذلك رجع عليه، وإن أنكر نظر في الحاضر، حين أنكر، فإن كان أنكر الشراء أو الضمان وأكذب الدعوى، لم يكن له أن يرجع على الغائب بشيء، لأنه مكذّب لبينته، معترف بأن المأخوذ منه ظلم. وإن لم يكن أنكر الشراء والضمان ولا أكذب البينة، وإنما دفع الدعوى بأن المدعي لا يستحق المطالبة بها، فله أن يرجع على الغائب بما دفع عنه، وتكون البيِّنة حجة عليه للمدعي بألف، وحجة له على الغائب بخمسماية.

فأما المزني فإنه لما رأى أبا حنيفة يوافق على هذا مع امتناعه من القضاء على الغائب، جعل ذلك منه قضاء على الغائب. فاختلف أصحابنا، فكان أبو علي بن أبي هريرة وطائفة، يذهبون إلى قول المزني: إنه قضاء على الغائب، وأن مذهب أبي حنيفة به منكسر، لأن فيها إلزام الشراء للغائب ليلزم الحاضر ضمانه.

وكانت طائفة أخرى من أصحابنا تمنع أن يكون هذا قضاء على الغائب. والله أعلم بالصواب، لأن ما قضي على الغائب، أحلف المدعي مع بينته، والمدعي هاهنا لا يحلف، فلم يكن ذلك قضاء على الغائب. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ضَمِنَ عَنْ رَجُلٍ بِأَمْرِهِ أَلْفَ دِرْهَم عَلَيْهِ لِرَجُلٍ، فَدَفَعَهَا بِمَحْضَرِهِ، ثُمَّ أَنْكَرَ الطَّالِبُ أَنْ يَكُونَ قَبَضَ شَيْئاً، حَلَفَ وَبَرِىءَ، وَقَضَى عَلَى الَّذِي عَلَيْهِ الدَّيْنُ، بِدَفْعِ الأَلْفِ إِلَى الطَّالِبِ، وَيَدْفَعُ أَلْفاً إِلَى الضَّامِنِ، لأَنَّهُ دَفَعَهَا بِأَمْرِهِ وَصَارَتْ لَهُ دَيْناً عَلَيْهِ، فَلَا يُذْهِبُ حَقَّهُ ظُلْمُ الطَّالِبِ لَهُ. وَلَوْ أَنَّ الطَّالِبَ طَلَبَ الضَّامِنَ فَقَالَ: لَمْ تَدْفَعْ إِلَيَّ شَيْئاً، قُضِيَ عَلَيْهِ بِدَفْعِهَا ثَانِيَةً، وَلَمْ يَرْجِعْ عَلَى الآمِرِ إِلاَّ بِالأَلْفِ الَّتِي ضَمِنَهَا عَنْهُ، لأَنَّهُ يُقِرُّ أَنَّ الثَّانِيَةَ ظُلْمٌ مِنَ الطَّالِبِ لَهُ، فَلَا يَرْجِعُ عَلَى غَيْرِ مَنْ ظَلَمَهُ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل ضمن عن رجل ألفاً بأمره، ودفعها إلى المضمون له، وأنكرها، فلا يخلو حال الضامن في دفعه الألف إلى الطالب من أحد أمرين: إما أن يشهد عليه بدفعها إليه، أو لا يشهد عليه.

فإن أشهد عليه بدفعها إليه، فلا يخلو حال من أشهده عليه ليكون بيّنة عند إنكاره من أربعة أحوال:

أحدها: أن تكون بيّنة كاملة العدد، كاملة الصفة.

والثاني: أن تكون ناقصة العدد، ناقصة الصفة.

والثالث: أن تكون كاملة العدد، ناقصة الصفة.

والرابع: أن تكون ناقصة العدد، كاملة الصفة.

فإن أشهد بيّنة كاملة العدد كاملة الصفة، مثل أن يشهد شاهدين عدلين أو شاهد وامرأتين، فله الرجوع بالألف سواء بقي الشهود على حالهم، أو ماتوا، أو فسقوا، لأن حدوث الموت والفسق مما لا يمكن الاحتراز منه. وهل يراعى فيمن أشهده العدالة الظاهرة كشهود النكاح، أو تراعى فيهم العدالة الظاهرة والباطنة كشهود القاضي إذا أراد إنفاذ الحكم بشهادتهم؟ على وجهين:

أحدهما: إنه تراعى فيهم العدالة الظاهرة كالنكاح، لأن العدالة الباطنة يتعذر الوصول إليها.

والوجه الثاني: إن المراعى فيمن يشهد العدالة الباطنة كشهود الحاكم، لأن المقصود بها إثبات الشهادة عند الحاكم.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٨.

فعلى هذا، إن شهد عدلان في الظاهر، فاسقان في الباطن، لم يرجع، فكان مفرِّطاً. وإن كان من أشهده ناقص العدد ناقص الصفة، مثل أن يشهد شاهداً واحداً عبداً أو فاسقاً، فهذا كمن لم يشهد؛ لأن المقصود بالشهادة إثبات الحق بها عند التنازع، وهذه شهادة لا يثبت بها حق، فكان وجودها كعدمها.

وإن كان من أشهد، كامل العدد ناقص الصفة، مثل أن يشهد شاهدين عبدين أو فاسقين، فليست هذه بيِّنة، وهي كمن لم يشهد، لأن الحق لا يثبت بها عند التنازع. فلو أُعتق العبدان، أو عُدل الفاسقان بعد إشهادهما، فإن ثبت الحق بشهادتهما رجع به، وإن لم يثبت كموتهما قبل أداء الشهادة، فلا رجوع به، له لتفريطه في الابتداء حين أشهدهما.

وإن كان من أشهده ناقص العدد كامل الصفة، مثل أن يشهد شاهداً واحداً عدلاً، فإن اقتصر على إشهاده ولم يرد أن يحلف معه، فليست هذه بيِّنة، ويكون حكمه حكم من لم يشهد. وإن اقتصر على إشهاده ليحلف معه، فعلى وجهين: -

أحدهما: إنها بيِّنة، وله الرجوع، لأن الشاهد واليمين بيِّنة كالشاهدين.

والوجه الثاني: إنه يكون مفرطاً بمثابة من لم يشهد، لأن من الحكام من لا يحكم بالشاهد واليمين. وإذا ثبت ما وصفنا وأشهد من لا يكون مفرطاً بإشهاده على ما بيَّنا، فلا يخلو أن يثبت بهم البينة على المنكر للقبض أم لا.

فإن ثبتت البينة عليه بشهادتهم، حكم عليه باستيفاء حقه، وبرىء منه الضامن والمضمون عنه؛ وكان للضامن أن يرجع بما أداه. وإن لم تقم البينة لموتهم، أو حدوث فسقهم، أو بُعْدِ غيبتهم، فالقول قول المضمون له المنكر مع يمينه إنه لم يقبض حقه من الضامن، ثم هو على حقه من مطالبة من شاء من الضامن والمضمون عنه. فإن رجع على المضمون عنه، فأخذ حقه منه، برىء الضامن والمضمون عنه معاً، وكان للضامن أن يرجع على المضمون عنه بما أداه، لأنه لم يكن منه تفريط؛ فيصير المضمون عنه غارماً لألفين: ألفاً منها أداء إلى المضمون له، وألفاً غرمها للضامن بأدائها عنه. وإن رجع المضمون له حين حلف على الضامن، كان للضامن أن يرجع على المضمون عنه بالألف الأولى دون الثانية، لأنه بالثانية مظلوم، فلا يرجع بها على غير من ظلمه. فهذا حكم الضامن إذا أشهد فيما دفع والله أعلم.

فصل: فأما إذا لم يشهد الضامن فيما دفع على المضمون له، فلا يخلو حاله حين دفعها: من أن يكون المضمون عنه حاضراً عند دفعها، أو غائباً.

فإن كان المضمون عنه غائباً، لم يكن للضامن أن يرجع عليه بشيء، سواء صدَّقه أو كَذَّبه، لأنه إن كذبه لم يقبل قوله عليه، وإن صدقَه فقد فرَّط حين لم يشهد عليه؛ ويكون المضمون له إذا حلف على حقه مطالبة من شاء من الضامن أو المضمون عنه. فإن طالب المضمون عنه وأغرمه، برىء وبرىء الضامن معه، ولم يكن للضامن أن يرجع بما كان دفع لأنه مفرِّط بدفعه حين لم يشهد. وإن أغرم الضامن برىءَ وبرىءَ المضمون عنه، وهل للضامن أن يرجع على المضمون عنه بشيء أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يرجع بشيء، لأن الألف الأولى لم يتع بها الإبراء والألف الثانية هو مظلوم بها.

والوجه الثاني: له الرجوع بأحد الألفين لأنه قد أسقطها من ذمة المضمون عنه بالأداء. فعلى هذا، بأي الألفين يرجع؟ على وجهين:

أحدهما: يرجع بالألف الأولى، لأن الإبراء في الباطن كان بها.

والثاني: يرجع بالألف الثانية، لأن المطالبة سقطت بها.

فأما إذا كان المضمون عنه حاضراً عند دفعها إلى المضمون له، فمذهب الشافعي: إن للضامن أن يرجع على المضمون عنه بما أداه بمحضره، لأن الاستيثاق بالإشهاد إذا حضر المضمون عنه إليه، دون الضامن، فلما لم يشهد صار هو التارك بحقه من الوثيقة دون الضامن. ثم للمضمون له إذا حلف أن يرجع بحقه على من شاء من المضمون عنه أو الضامن، فإن رجع به على المضمون عنه، فأخذ منه ألفاً، كان للضامن أن يرجع عليه فيغرمه ألفاً. وإن رجع على الضامن فأغرمه ألفاً ثانية، كان للضامن أن يرجع بالألف الأولى دون الثانية.

ومن أصحابنا من قال: إن حضور المضمون عنه الدفع لا يسقط عن الضامن حتى الوثيقة بالإشهاد، لأنه أمره أن يدفع دفعاً مبرئاً؛ فصار ذلك مقروناً بالإشهاد. فعلى هذا، يكون الحكم فيه كما لو لم يحضر المضمون عنه الدفع. فإن رجع المضمون له على المضمون عنه، لم يرجع الضامن عليه بشيء. وإن رجع على الضامن، فهل للضامن أن يرجع بإحدى الألفين أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ضَمِنَ لِرَجُلٍ مَا قَضَى بِهِ لَهُ عَلَى آخَرَ، أَوْ مَا شَهِدَ بِهِ فُلَانٌ عَلَيْهِ، قَال الشافعي: لَا يَجُوزَ هَذَا، وَهَذِهِ مُخَاطَرَةٌ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لا يصح ضمان المال حتى يكون واجباً معلوماً. ولا يصح ضمان ما لم يجب، ولا ما كان مجهولاً، ولا الإبراء منه.

وقال أبو حنيفة: يصح ضمان المجهول، والإبراء منه، والهبة له استدلالاً بأن ضمان الدرك لما جاز اتفاقاً مع جهالته في استحقاق كل المبيع أو بعضه، دل على جواز ضمان المجهول به حجاجاً، وكذلك ما لم يجب.

ودليلنا: إن كل جهالة تبطل بها الأثمان، فإنه يبطل بها الضمان، قياساً على جهالة الجنسين. ولأن كل ما لم يثبت في الذمة بجهالة جنسه، لم يثبت فيها لجهالة قدره، كالأثمان. ولأن الضمان وثيقة، فلم يجب إلا في معلوم، كالرهن. ولأنه ضمان مال مجهول، فوجب أن يكون باطلاً، قياساً عليه إذا قال: ضمنت بعض مالك على فلان.

فأما الدرك، فهو ضمان واجب معلوم، لأنه يوجب ضمان الحق والحق معلوم، وإنما يختلف ما يستحق في الثاني من كل المبيع أو بعضه.

فصل: فأما إذا قال: قد ضمنت لك ما تداين به فلاناً، أو ما تبايع به فلاناً من درهم إلى مائة، ففيه وجهان:

أحدهما: يجوز. تخريجاً من تجويزه ضمان نفقة الزوجات على قوله في القديم، لما في ذلك من الرفق بالناس.

والوجه الثاني: وهو أصحّ، إنه ضمان باطل، لأنه ضمان ما لم يجب، ولا يصح تخريجه من ضمان نفقة الزوجات، لأنه في القديم كان يرى وجوبها بالعقد، فصار ضمان ما قد وجب، وهذا ضمان ما لم يجب.

فصل: فأما إذا قال: هذا وكيلي وعليَّ ضمان كل ما تعطيه أو تبايعه، صحّ ولزمه ضمان كل ما قامت به البيّنة في مبايعته وعطائه. وليس لزوم هذا من جهة الضمان، فيبطل بالجهالة. لكن لما جعله وكيله، صارت يده كيده.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٨.

فلو ادعى المضمون له من المبايعة والعطاء ما اعترف به الوكيل، وأنكره الموكل الضامن، ولم يقم له بينة ففيه وجهان:

أحدهما: لا يصدق في دعواه حتى تقوم له بينة.

والوجه الثاني: يقبل قول وكيله عليه، لأنه أمين عليه قد أقامه مقام نفسه.

وأما إذا قال له: أقرض زيداً ألف درهم وعليَّ ضمانها، ففيه وجهان:

أحدهما: باطل، لأنه ضمان ما لم يجب بعد.

والوجه الثاني: إنه جائز، لأنه ضمان مقترن بالقرض، فصح اجتماعهما.

فصل: فأما إذا قبض رجل ألف درهم من دين له على رجل، فضمن ضامن نقصها في الوزن، أو في الصفة، صحَّ وجرى هذا مجرى ضمان الدرك، وخرج من باب ضمان المجهول وما لم يجب.

وإذا صحَّ ان ضمان ذلك جائز، فلا يخلو حال الضمان من أربعة أحوال:

أحدها: أن يضمن له نقص الوزن، فعليه ضمانه. فلو ادعى القابض إنها نقصت عليه مائة درهم، فإن صدقه الدافع والضامن، كان بالخيار في الرجوع على من شاء من الدافع أو الضامن. وإن كذباه جميعاً، كان قوله مقبولاً على الدافع مع يمينه، لأن الأصل بقاء دينه ما لم يقر بقبضه، فإذا حلف، استحق الرجوع عليه بالنقص، وهل يقبل قوله على الضامن حتى يستحق الرجوع عليه بالنقص أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يقبل عليه مع يمينه، كما قبل قوله على الدافع، ويكون بالخيار في الرجوع بالنقص على أيهما شاء.

والوجه الثاني: وهو أصح. إن قوله على الضامن غير مقبول، وليس له أن يرجع عليه بالنقص إلا أن يصدقه.

والفرق بينه وبين الدافع: هو إن الدين كان ثابتاً في ذمة الدافع، ولم يكن ثابتاً في ذمة الضامن فلذلك قبل قوله على الدافع، ولم يقبل قوله على الضامن.

فعلى الوجه الأول: إذا رجع القابض على الضامن بالنقص، فليس للضامن أن يرجع على الدافع، وإن كان ضمانه بأمره، لأنه بإكذاب القابض مقر بأنه مظلوم بها، فلم يكن له أن يرجع بها على غير من ظلمه.

ولكن، إن أكذبه الدافع وصدقه الضامن، كان له أن يرجع على كل واحد منهما. لأن قوله على الدافع مقبول والضامن قد صدقه. فإن رجع على الضامن، لم يكن للضامن أن يرجع على الدافع أيضاً، لإنكار الدافع.

والفرق بين أن يقبل قول القابض على الدافع، ولا يقبل عليه قول الضامن: إنه بريء الذمة في حق الضامن، فلم يقبل قوله عليه، ومرتهن الذمة بحق القابض، فَقُبل قوله عليه. فهذا إذا ضمن له نقص الوزن.

والحال الثانية: أن يضمن له نقص الصّفة، وهو أن يُبدل له منها ما كان رديئاً فيها. فإذا رَدَّ منها شيئاً، ذكر انه كان فيها. فإن صدقه الدافع والضامن، كان بالخيار في أن يبدلها ممن شاء من الدافع والضامن. فإن أراد أن يأخذ بدلها من الدافع، كان للدافع أن يمتنع من دفع البدل، إلا بعد استرجاع الردُّ المبدل. وإن أراد أخذ بدلها من الضامن، لم يكن للضامن أن يمتنع من دفع البدل ليسترجع الرد المبدل، لأنه لا يملكه والدافع يملكه؛ وقيل للضامن: لك أن تفسخ القضاء في القدر المردود، وتدفع إليه بوزنه جيداً، ويكون الرَدُّ مع القابض ليتولى رده على الدافع.

فإن قبض الضامن الردىء كان مضموناً عليه، لأنه قبض مال غيره من غير إذنٍ، وصار بقبضه متعدياً؛ إلا أن يأذن له الدافع في استرجاعه إذناً صريحاً، فلا يضمن.

فلو أحضر القابض رديئاً زعم إنها كانت في الدراهم، فكذَّبه الدافع والضامن معاً. فإن كان ردها عيباً لا يخرجها من جنس الدراهم بالعتق والصفة والجنسية، لم يقبل قول القابض على واحد منهما. وإن كان ردها يخرجها من جنس الدراهم كالزائف والصفر المطلي، فقول القابض مقبول على الدافع، كما لو ادعى نقص الوزن. وهل يقبل على الضامن أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين.

والفرق بينهما: إن العيب إذا كان من جنس الفضّة، جاز أن يكون قبضاً من الفضة، فصار بقبضه مستوفياً، فلم يقبل قوله في ادعاء الرد؛ لأنه يصير مبتدئاً لإثبات حق وليس كذلك إذا كان المعيب من غير جنس الفضة، لأنه يجوز أن يكون قبضاً من الفضة، فكان حقه ثابتاً لا يسقط بقبضه، فلم يصر بادعاء الرد مبتدئاً بإثبات حق، فهذا فرق بينهما.

ولو صدقه الضامن وكذبه الدافع، كان له أن يرجع ببدلها على الضامن، وللضامن هاهنا أن يمتنع من دفع المبدل إلا باسترجاع الرَدُّ، بخلاف ما ذكرنا إذا صدقه. لأن الضامن

مع تكذيب الدافع، لا يقدر أن يرجع عليه بالبدل، فكان له استرجاع الرد ليتوصل بها إلى بعض حقه، فهذا الحكم فيه إذا ضمن نقص الصفة.

والحالة الثالثة: أن يضمن له نقص الوزن، ونقص الصفة، فيصير ضامناً لهما، ويكون الحكم فيه كما لو ضمن كل واحد منهما على انفراده، فيجتمع الحكمان على ما ذكرناه.

والحالة الرابعة: أن يضمن له نقص الدراهم من غير أن يذكر نقص الوزن، أو نقص الصفة، فيكون ضامناً لنقص الوزن لا يختلف، وهل يضمن نقص الصفة؟ على وجهين حكاهما ابن سريج:

أحدهما: يضمن لإطلاق النقص على الأمرين.

والوجه الثاني: لا يضمن لأن عرف الناس في مثله خارج عن نقص الوزن دون الصفة.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ضَمِنَ دَيْنَ مَيِّتٍ بَعْدَ مَا يَعْرِفُهُ وَيَعْرِفُ لِمَنْ هُوَ، فَالضَّمَانُ لَازِمٌ تَرَكَ المَيِّتُ شَيْئاً أَوْ لَمْ يَتْرُكْهُ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان على الميت دين لم يسقط بموته سواء مات موسراً أو معسراً، ويصح ضمانه عنه بعد موته، سواء ترك وفاء أو لم يترك.

وقال أبو حنيفة: إذا مات معسراً سقط عنه دينه، ولم يصح ضمانه عنه، استدلالاً بأن الحقوق تثبت في أحد محلين: إما في ذمة، أو عين. والميت لا ذمة له، فيثبت الدين فيها. والمعسر ليس له عين مال يتعلق الحق بها، فثبت إن دين الميت إذا كان معسراً ساقط لعدم محل يتعلق به.

ودليلنا عليه من وجهين:

أحدهما: إن دين الميت لا يسقط بإعساره.

والثاني: جواز ضمان دينه مع إعساره.

فأما الدليل على إن دين الميت لا يسقط بإعساره: قوله ﷺ **«نَفْسُ الْمُؤْمِنُ مُعَلَّقَةٌ بِدَيْنِهِ**

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٨.

حَتَّى يَقْضِي عَنْهُ»[1] فكان على عمومه. ولأن من أُخذت ديونه من ماله لم تسقط عنه بإعساره كالحي. ولأن من لزمه الدين إذا كان حياً، لزمه إذا كان ميتاً كالموسر. ولأن موت المعسر مؤثر في تأخير الحق، فلم يمنع من ثبوته كإعسار الحي؛ لأن براءة المضمون عنه براءة للضامن. ثم ثبت إن رجلاً لو ضمن عن رجل مالاً ثم مات المضمون عنه معسراً، لم يبرأ الضامن، فدل على أن الحق لازم للمضمون عنه، لم يسقط عنه بموته معسراً.

وأما الدليل على أن ضمان دين الميت جائز مع إعساره: ما روينا عن علي وأبي قتادة[2] إنهما ضمنا دين ميتين امتنع رسول الله ﷺ من الصلاة على جنائزهما، لأنهما لم يتركا وفاء؛ ولو تركا وفاء لم يمتنع من الصلاة عليهما، بل قد كان الذي ضمن عنه عليٌّ رضي الله عنه، رجل من أهل الصُّفَة؛ فلو كان الدين يسقط عنه بالموت، لم يمتنع من الصلاة عليه. ولا خبر بإبطال الضمان عنهما ولأن كل من صح ضمان دينه مع يساره صح ضمان دينه مع إعساره كالحي. ولأن كل من صح ضمان دينه إذا كان حياً، صح ضمان دينه إذا كان ميتاً، كالموسر. ولأن كل ما لم يكن شرطاً في ضمان الدين عن الحي، لم يكن شرطاً في ضمان الدين عن الميت. أصله: وجود عين المال المضمون. لمَّا لم يكن شرطاً، لم يكن اليسار به شرطاً.

فأما الجواب عن استدلالهم بأنه لم يبق لدين الميت المعسر محل، فهو: إنه استدلال بدفع إجماع، لأنهم أجمعوا إن الميت يلقى الله تعالى يوم يلقاه بوجوب الدين عليه، ويستحق صاحب الدين يوم القيامة عوضاً به. ولو كان قد سقط لما استحق ذلك عليه، وإذا كان الإجماع على هذا حاصلاً كان ما استدل به فاسداً.

فصل: لا يخلو حال الدين المضمون من أحد أمرين: إما أن يكون حالاً، أو مؤجلاً.

فإن كان حالاً، جاز أن يضمنه الضامن حالاً، وجاز أن يضمنه مؤجلاً. فلا يستحق مطالبة الضامن إلا عند حلول الأجل الذي ضمنه إليه، لأنه لم يدخل في الضمان إلا باشتراط الأجل، ويطالب به المضمون عنه حالاً. وهذا بخلاف الحوالة التي لا يجوز أن تقع مؤجلة في حال. ولا حالّة في مؤجل، لأن الحوالة توجب تحول الحق على مثل صفته، والضمان وثيقة بالحق على ما عقد به.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

وإن كان الدين مؤجلاً، جاز أن يضمنه الضامن إلى أجله، وجاز أن يضمنه حالاً، ولا يجبر الضامن على التعجيل، وإن كان مشروطاً في ضمانه.

وقال أبو العباس بن سريج: يؤخذ الضامن بتعجيل ما ضمنه لأجل شرطه. وهذا غلط، لأن حال الضامن أضعف من حال المضمون عنه، فلما لم يلزم المضمون عنه تعجيل الدين المؤجل إن ألزمه نفسه، فالضامن أولى الا يلزمه. وإذا كان كذلك، قيل للضامن: الأولى لك أن تعجل ما ضمنت لتفي بشرطك، فإذا أبيت إلا الأجل المستحق لم تجبر عليه، ويكون اشتراطك التعجيل زيادة تطوع منك لا تلزمك إلا بالقبض.

فلو أطلق الضامن تعجيل ما ضمنه أو تأجيله، لزمه الضمان على صفة الدين في الحلول والأجل، فإن كان الدين حالاً، لزمه ضمانه حالاً. وإن كان مؤجلاً، لزمه ضمانه مؤجلاً. فلو كان الدين مؤجلاً فضمنه إلى أجله، أو أطلق فلزمه الضمان إلى أجله، ثم مات من عليه الأجل، حلَّ دينه بموته، لأن الديون المؤجلة تحل بالموت عند كافة الفقهاء، إلا طاووس والزهري لما نذكره في موضعه.

وإذا حلَّ الدين على المضمون عنه بموته، كان على الضامن إلى أجله لا يحل عليه بحلوله على المضمون عنه، وللمضمون له مطالبة الضامن عند حلول أجله، ومطالبة ورثة المضمون عنه حالاً من تركته. فلو مات الضامن حلَّ ما عليه، وكان للمضمون له أن يتعجل أخذه من تركته، وهو على المضمون عنه إلى أجله. فلو تعجل أخذه من تركته وهو على المضمون عنه إلى أجله. فلو تعجلّ المضمون له ذلك من تركته الضامن، لم يكن لورثته أن يرجعوا به على المضمون عنه إلا عند حلول الأجل، لأن إذنه في الضمان إنما كان على شرط ألا يرجع به إلا عند حلول الأجل.

فصل: لا يخلو حال الآجال التي انعقد الضمان إليها من ثلاثة أقسام:

أحدها: ما تعين وقتها ولم يختلف، كشهور الأهلة والسنين الهلالية، فالضمان إليها جائز، وكذلك تأجيل الأثمان إليها.

والقسم الثاني: ما عرفت جملتها ولم يتعيَّن وقتها، كالنيروز، والمهرجان، وَفُصِحُ النصارى، فتأجيل الأثمان إليه لا يجوز. وفي جواز تأجيل الضمان إليه قولان، حكاهما ابن سريج.

والقسم الثالث: ما جهل وقتها ولم يعرف جملتها، كمجيء المطر، وهجوم البرد،

وخروج الحاج، وقدوم الغزاة، فلا يصح أَن يكون هذا كله أَجلاً في الأثمان ولا في الضمان. فإن شُرِطَ في الأثمان بطل العقد، وإن شُرِطَ في الضمان ففي جواز قولان مبنيان على اختلاف قوليه في الضمان إذا شُرِط فيه خيار الثلاث، بطل الخيار، وفي بطلان الضمان قولان.

وأَما الأجل إلى الحصاد والديَّاس والجزاز فضربان:

أحدهما: أن يراد به فعل الآدميين له فباطل، لا يجوز أن يكون أجلاً في الأثمان، ولا في الضمان، كالعطاء وخروج الحاج.

والضرب الثاني: أن يراد زمانه الذي يصلح فيه. قال أبو العباس: فهذا من القسم الذي عُرِفَتْ جملته ولم يتعين وقته، ولا يصح تأجيل الأثمان إليه، وفي جواز تأجيل الضمان إليه قولان. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ تَجُوزُ كَفَالَةُ الْعَبْدِ المَأْذُونِ لَهُ بِالتِّجَارَةِ لأَنَّ هَذَا اسْتِهْلاَكٌ)[1].

قال الماوردي: إعلم أن ضمان العبد والضمان عنه، ينقسم إلى خمسة فصول.

فالفصل الأول: وهو مسألة الكتاب. أن يضمن العبد عن رجل أجنبي مالاً لرجل أجنبي، فلا يخلو حال العبد: من أن يكون مأذوناً له في التجارة، أو غير مأذون له في التجارة.

فإن كان غير مأذون له، فلا يخلو ضمانه من أن يكون بإذن سيده، أو بغير إذنه. فإن ضمن بإذن سيده صح ضمانه، وكان في ذمته يؤديه بعد عتقه. وقال أبو علي الطبري في إفصاحه: إن ضمانه إذا كان عن إذن السيد في كسبه، كما لو أَذن له السيد في التزويج، كان المهر والنفقة في كسبه. وهذا غير صحيح، لأن إذن السيد لم بالضمان إنما هو إذن بالمعاملة، فصار كما لو أذن له بالمبايعة. ثم لو ابتاع العبد مالاً بإذن سيده، كان الثمن في ذمته دون كسبه، وإن كان عن إذن سيده، فكذا الضمان. وليس كذلك إذنه بالتزويج، لأنه استمتاع لا يحصل له إلا بالمهر والنفقة، فيتعلق ذلك بالكسب. وإن كان ضمان العبد بغير إذن سيده ففي ضمانه وجهان:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٨.

أحدهما: هو محكي عن ابن سريج وأبي سعيد الأصطخري: إن ضمانه باطل، لأن الضمان عقد فبطل بغير إذن السيد كالمبيع.

والوجه الثاني: وهو قول ابن أبي هريرة: إن ضمانه صحيح، ويتعلق الضمان بذمته يؤديه بعد عتقه وجهاً واحداً، لأن إذن السيد يعتبر فيما يلحقه ضرر فيه، وما تعلق بذمته من الضمان لا يدخل على السيد فيه ضرر، فجاز.

فصل: وإذا كان العبد مأذوناً له في التجارة، فلا يخلو أن يضمن في ذمته، أو في مال التجارة. فإن ضمن في ذمته، كان على ما مضى إن كان بإذن السيد صح، وإن كان بغير إذنه فعلى وجهين.

وإن ضمن في مال التجارة، فلا يخلو: أن يكون بإذن السيد، أو بغير إذنه. فإن كان بغير إذنه فضمانه باطل لا يختلف، لأن ما بيده مرصد للربح والزيادة، وهذا استهلاك.

وإن ضمن في مال التجارة بإذن سيده، فلا يخلو: أن يكون عليه دين فيما بيده، أو لا دين عليه. فإن لم يكن عليه دين صح ضمانه، ويؤدي ما بيده فيه. فإن وَفَّى بضمانه، وإلا كان الباقي منه في المستقبل من كسبه، فإن لم يكتسب حتى عتق أداه بعد عتقه.

فإن قيل: فالحر إن ضمن مالاً عيَّنَه بيده ما حكمه؟.

قلنا: يكون الضمان باطلاً، لأن الضمان من شرط صحته أن يكون ثابتاً في محل يؤمن تلفه. والفرق بينه وبين العبد: إن التعيين فيما بيد العبد إنما يصرف إلى الأداء دون الضمان، لأن الضمان متعلق بذمته، فصح. والتعيين في الحر انصرف إلى الضمان، فبطل.

وإن كان على العبد دين فيما بيده من مال التجارة، فهل يصير العبد محجوراً عليه في المال الذي بيده لأجل ديونه أم لا؟ على قولين حكاهما ابن سريج:

أحدهما: لا حجر عليه فيما بيده إلا لسيده، لكون ذلك على ملكه، وهو في حق من سوى السيد كالحر يجوز تصرفه ما لم يحجر عليه بالفلس. فعلى هذا، يصح ضمانه. ولو كان السيد أَذن له في هبة المال صحت هبته، لأن إذن السيد يدفع حجره، وليس عليه لمن سواه حجر.

والقول الثاني: إن العبد محجور عليه فيما بيده بدين غرمائه، كما كان محجوراً عليه

في حق سيده. لأن العبد يعامل بما في يده لضعف ذمته، بخلاف الحجر. وليس له أن يفعل ما يدخل الضرر على غرمائه، بهبة ولا غيرها. وإن كان عن إذن سيده، فعلى هذا في ضمانه وجهان.

أحدهما: باطل، لأنه صرفه إلى جهة لم يثبت فيها.

والوجه الثاني: إن ضمانه جائز، لأن الضمان لا يتعين في المال، وإنما يتعين فيه الأداء. فعلى هذا، فيه وجهان:

أحدهما: إنه يكون فيما اكتسبه بعد الضمان، وفيما فضل بعد ذلك من المال الذي كان بيده قبل الضمان.

والوجه الثاني: إنه يكون في ذمته يؤديه بعد عتقه.

فصل: والفصل الثاني: هو أن يضمن العبد مالاً عن سيده لأجنبي، فيصح ضمانه إذا كان بأمر سيده. لأن العبد قد يلزمه دينه كالحر، فصار ضمانه عن سيده كضمان غيره، وليس للسيد أن يجبر عبده على الضمان عنه لأن الضمان عقد لا يصح مع الإجبار. فإذا أدى العبد عن سيده مال ضمانه في حال رقه، لم يستحق على سيده الرجوع به، لأن ما بيد العبد ملك لسيده، فلم يصح أن يجب له في ذمة سيده مال. وإن أداه عن السيد بعد عتقه، ففي رجوعه بذلك على سيده وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس: له الرجوع على سيده بما أدى عنه بعد عتقه، لأنه أداه في حال يصح أن يثبت له في ذمة سيده دين.

والوجه الثاني: قاله أبو حامد المروزي في جامعه: لا رجوع له بذلك على سيده، لأنه قد كان ضمنه عنه في حال لا يثبت له حق في ذمة سيده. فاعتبر أبو حامد حال الضمان، وأبو العباس حال الأداء.

فصل: والفصل الثالث: هو أن يضمن العبد مالاً لسيده عن أجنبي، فمذهب الشافعي: إن ضمانه باطل، لأن السيد لا يثبت له على عبده مال. وقال أبو العباس: ضمانه لسيده جائز، لأن السيد إنما لا يصح أن يثبت له في رقبة عبده مال، لأنه يملك الرقبة؛ ويصح أن يثبت له في ذمته مال، لأنه لا يملك الذمة، ثم لا يكون للسيد أن يطالب عبده بالضمان إلا بعد عتقه.

فإن كان أبو العباس يقول في مبايعة السيد لعبده مثل ما يقول في الضمان، فقد جرى على القياس وكان لقوله وجه. وإن كان يمنع من مبايعته، فقد ناقض وفسد مذهبه، ولست أعرف عنه في البيع نصاً إلا ما حُكي عنه من تجويزه بيع السيد عبده على نفسه، فيصير العبد بابتياع نفسه حراً، ويؤدي عن نفسه بعد عتقه. ومنع غيره من أصحابنا من بيع السيد عبده على نفسه، كما لا يجوز أن يبيع عليه غير نفسه، فيحتمل أن يكون أبو العباس ترك القياس وتخيَّر الأمرين، ويحتمل أن يفرق بينهما: بأن بيع نفسه عليه مُفْضي إلى عتقه فجاز، وبيع غير نفسه عليه لا يفضي إلى عتقه فلم يجز لفقد مزية العتق.

فصل: والفصل الرابع: وهو أن يضمن السيد عن عبده مالاً لأجنبي فيجوز ضمانه عنه، لأن العبد قد يلزمه الدين كما لزم الحر، والسيّد لا يلزمه دين عبده، فجاز أن يلتزمه ضمانه. فإن أداه السيد عن عبده قبل عتقه، لم يرجع به عليه. وإن أداه بعد عتقه، فعلى وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس: يرجع به، اعتباراً بحال الأداء.

والثاني: وهو قول أبي حامد: لا يرجع عليه، اعتباراً بوقت الضمان.

فصل: والفصل الخامس: أن يضمن السيد لعبده مالاً على أجنبي، فلا يخلو حال العبد من أحد أمرين: إما أن يكون عليه دين من تجارة، مأذوناً فيها، أم لا.

فإن لم يكن عليه دين فالضمان باطل، لأن مال العبد لسيده، فصار ضمان السيد لعبده كضمانه لنفسه، فبطل.

وإن كان على العبد دين، ففي ضمان السيد له وجهان، من اختلاف قوليه في غرماء العبد: هل يستحقون حجراً عليه بديونهم أم لا؟.

فإن قيل: لا حجر لهم عليه، فضمان السيد له باطل. وإن قيل: لهم حجرٌ عليه، فضمان السيد له جائز.

فإن قضي العبد دينه، برىء السيد من ضمانه، إلا أن يقضيه العبد بعد عتقه فلا يبرأ السيد من ضمانه، وعليه أداء ذلك إلى العبد بعد عتقه.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ ضَمَانُ المُدَبَّرِ وَأُمِّ الْوَلَدِ)[١].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٨.

قال الماوردي: وهذا كما قال. المدبر وأم الولد في عقدوهما كالعبد، لاشتراكهما في الرق، فضمانهما والضمان عنهما على ما ذكرنا من العبد في ضمانه والضمان عنه. فأما ضمان المكَاتَب فضربان:

أحدهما: أن يضمن في ذمته، فضمانه جائز بإذن السيد وبغير إذنه، لأن المكاتب أملك لذمته من العبد.

والثاني: أن يضمن فيما بيده. فإن كان بغير إذن سيده، فضمانه باطل. وإن كان بإذنه، فعلى قولين:

أحدهما: إنه جائز كالعبد.

والثاني: لا يجوز. لأن حق السيد في مال المكاتب لأجل كتابته، فلم يكن إذنه في غير الكتابة مؤثراً.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ضَمِنَ عَنْ مُكَاتِبٍ أَوْ مَالاً فِي يَدَيْ وَصِيٍّ، أَوْ مُقَارِضٍ، وضَمِنَ ذَلِكَ أَحَدٌ مِنْهُمْ عَنْ نَفْسِهِ، فَالضَّمَانُ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بَاطِلٌ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. قد ذكرنا أن الضمان لا يصح إلا لِمَا كان مضموناً في الذمة، فأما ما على المكاتب من مال الكتابة فلا يصح ضمانه لأنه ليس بلازم للمكاتب، لأن له تعجيز نفسه وإسقاط مال الكتابة، فإذا كان الأصل غير لازم، فضمانه أولى أن يكون غير لازم. وكذا الأموال التي في يد لا يضمنها، كمال الشرك والمضاربة والوديعة، وما في يد الأوصياء والأمناء لا يصح ضمانه، لأنه غير مضمون على الذي هو في يده، إلا أن يضمنوه بالاستهلاك فيستقر ضمان بدله في ذممهم فيجوز حينئذ ضمانه عنهم.

فأما الأعيان المضمونة كالمغصوب والعواري، فيصح ضمان بدلها بعد استهلاكها. فأما ضمان أعيانها مع بقائها، فلا يصح على مذهب الشافعي، وجوَّزه ابن سريج، وقد تقدم الكلام معه.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وعضَمَانُ الْمَرْأَةِ كَالرَّجلِ)[٢].

قال الماوردي: وهذا صحيح. لأن الضمان عقد وثيقة، فيضح من المرأة كالرهن،

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٨.

(٢) مختصر المزني: ص ١٠٨.

ولأنه يوجب ثبوت مال في الذمة كالبيع. ويجوز ضمان المرأة بإذن زوجها وبغير إذنه، وأن تضمن المرأة لزوجها، والزوج لامرأته، والأب لابنه، والإبن لأبيه، كما يصح بين الأجنبيين والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يَجُوزُ ضَمَانُ مَنْ لَمْ يَبْلُغْ، وَلاَ مَجْنُونٍ وَلاَ مُبَرْسَمٍ يَهْذِي، وَلاَ مُغْمَى عَلَيْهِ، وَلاَ أَخْرَس، لاَ يَعْقِلُ، وَإِنْ يَعْقِلِ الإِشَارَةَ وَالْكِتَابَ فَضَمِنَ، لَزِمَهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. ضمان الصبي والمجنون لا يصح لارتفاع القلم عنهما، وكذلك المبرسم والمغمي عليه لا يصح ضمانهما لزوال عقلهما.

فإن قيل: فلم قال المزني: ولا مبرسم يهذي؟ أيكون الهذيان شرطاً في بطلان ضمانه؟.

قلنا: لا اعتبار بالهذيان، فمتى كان المبرسم زايل العقل بطل ضمانه وسائر عقوده، سواء كان يهذي أم لا. ولأصحابنا عن قوله يهذي جوابان:

أحدهما: إنها زيادة ذكرها المزني لغواً.

والجواب الثاني: إن لها فائدة، وذلك إن المبرسم يهذي في أول برسامه مع قوة جنسه، فإذا تطاول به أضعف جسمه فلم يهذ، فأبطل ضمانه في الحال التي يهذي فيها، لينبّه على بطلان ضمانه في الحال التي هي أغلظ منها، وهي الحال التي لا يهذي فيها.

فصل: فأما الأخرس، فإن كان لا يعقل الإشارة بطل ضمانه وسائر عقوده. وإن كان يعقل الإشارة والكتابة فضمن بكتابته وإشارته صح، وكذلك سائر عقوده. وإن ضمن بإشارته دون كتابته صح ضمانه، لأن الإشارة أقيمت فيه مقام نطقه. وإن ضمن بكتابته دون إشارته، لم يصح ضمانه، لأن مجرد الكتابة لم يقم فيه مقام النطق لاحتمالها، حتى تنضم إليه الإشارة فيزول احتمالها. والله أعلم.

فصل: فأما المريض، فضمانه معتبر من ثلث ماله لأنه تطوع. فإن كان عليه دين يحيط بتركته، بطل ضمانه. وإن لم يكن عليه دين، وكان قدر ضمانه خارجاً من ثلثه، صح

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٨.

ضمانه. وإن كان بعض ما ضمنه خارجاً من ثلثه صحَّ من ضمانه قدر ما احتمله الثلث، وبطل منه ما لم يحتمله الثلث.

فلو ضمن مالاً في مرضه ثم أقرَّ بعد ضمانه بدين يحيط بتركته، فإن الدين الذي أقرَّ به أحق بما نزل من الضمان، لأن الدين واجب، والضمان تطوع؛ ولا يؤثر تأخير الإقرار بالدين لأنه واجب تقدم الإقرار أو تأخر. فلو ضمن مالاً للورثة بطل الضمان، وإن احتمله الثلث، لأن ضمانه وصية لا تصح لوارث. فلو ضمن في مرضه مالاً وأداه في مرضه، ومات ولا مال له سواه، فللورثة أن يرجعوا بجميع المال إن كان المضمون له وارثاً، وبثلثيه إن كان المضمون له أجنبياً.

فصل: فأما المحجور عليه بالسفه، فضمانه باطل لبطلان عقوده. وأما المحجور عليه بالفلس، فضمانه صحيح على القولين معاً، ولا يشارك الضمون له الغرماء، لأن ما استحقه بالضمان مستحدث بعد الحجر، ويكون مال الضمان فيما يستفيده بعد فك الحجر.

فصل: فأما السكران، فإن كان سكره من غير معصية فضمانه باطل، كالمغمى عليه. وإن كان سكره عن معصية، فضمانه جائز كطلاقه. ويجيء تخريج قول آخر من القديم: إن ضمانه باطل، إذا قيل على القديم: إن طلاقه غير واقع، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَضَعَّفَ الشَّافِعِيُّ كَفَالَةَ الوَجْهِ فِي مَوضَعٍ، وَأَجَازَهَا فِي مَوْضِعٍ آخَرَ، إِلاَّ فِي الْحُدُودِ)[١].

قال الماوردي: ولما مضى ضمان الأموال، عقبه المزني بكفالة الأبدان. فإذا تكفل رجل بنفس رجل ولم يكن على المكفول مطالبة بحق، فالكفالة باطلة. وإن كان عليه ما يستحق المطالبة به، فقد نص الشافعي في ثلاثة كتب على جوازها: نص عليه في اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى، وفي كتاب الإقرار والمواهب، وفي كتاب الدعوى والبينات. بعد أن نص على جوازها، غير أن الكفالة بالنفس ضعيفة.

وقال في موضع آخر: «ولا يكفل رجل في حد ولا لعان» فاختلف أصحابنا في مذهب الشافعي رحمه الله لاختلاف ما حكينا عنه. فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة وأبو حامد المروزي يقولون: الكفالة في الحدود باطلة، وفي الأموال على قولين:

(١) مختصر المزني: ص ١٠٩.

أحدهما: جائزة، وهو مذهب أبي حنيفة ومالك والفقهاء السبعة بالمدينة. ودليل جوازها قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِي مَوْثِقاً مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ﴾[(١)] والموثق: الكفيل، فامتنع يعقوب من إرسال ولده مع إخوته إلا بكفيل يكفل به.

وروي: إن العباس بن عبد المطلب تكفل بأبي سفيان بن حرب، عام الفتح لرسول الله ﷺ. وروي: إن عليَّ بن أبي طالب رضي الله عنه أخذ من عبد الله بن عمر كفيلاً بنفسه حين توقف عن بيعته. فكفلت به أُم كلثوم بنت علي لأنها كانت زوجة عمر، وقيل: بل كفلت به أخته حفصة.

وروي: إن رجلاً جاء إلى عبد الله بن مسعود فقال: إني مررت بعبد الله بن نواحة وهو يؤذن، فسمعته يقول: أشهد أن مسيلمة رسول الله، فكذَّبْتُ سمعي ووقفْتُ حتى سمعَتْ أهل المسجد يضجُّون به، فبعث ابن مسعود إلى ابن النواحة فدعاه وأصحابه فقال: ما صنعْت بالقرآن الذي كنت تتلوه؟ قال: كنت أتقيكُم به، فأمر بضرب عنقه، واستشار الصحابة في أصحابه فقالوا: يستتابون، ويكفلون، فاستتابهم فتابوا، وكفَّلهم عن عشائرهم، فدل على إن أجماع الصحابة منعقد بجواز الكفالة.

ولأنه لما جاز ضمان ما في الذمة، جاز ضمان ذي الذمة، إذ لا فرق بين ضمان الحق وبين ضمان من عليه الحق. ولأن الكفالة كالإجارة، ولأن كل واحد منهما عقد على عين لاستيفاء الحق منها، فلما جازت الإجارة وجب أن تجوز الكفالة. ولأن ضمان الأموال إنما كان لما فيه من الرفق والتوسعة، فكذا كفالة النفوس لما فيها من الرفق والتوسعة، وهو: أن يرتفق المكفول به في الإطلاق ليسهل عليه طلب الحق، ويستوثق المكفول له فيسهل عليه التماس من عليه الحق.

والقول الثاني: إن كفالة النفوسِ باطلة، ودليل بطلانها قوله تعالى: ﴿قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَن وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ﴾[(٢)] فكان قوله: معاذ الله، إنكاراً للكفالة أن تجوز حين سأله إخوته أن يأخذ أحدهم كفيلاً ممن وجد متاعه عنده. ولأن ما لا يضمن باليد، لا يضمن بالعقد، كالميتة والخمر.

ولأنه عقد ضمان لا يستحق على الضامن المطالبة بمقتضاه فوجب أن يكون باطلاً

---

(١) سورة يوسف، الآية: ٦٦.

(٢) مختصر المزني: ص ١٠٩.

كضمان القصاص. ولأن من لم يصح أخذه بمقصود العقد، لم يصح منه ذلك العقد؛ كبيع الصبي والمجنون. ولأنه ضمان عين في الذمة، فوجب ألَّا يصحَّ، كالسلم في الأعيان. ولأنها كفالة لا تصح بغير إذن المكفول به، فوجب ألا تصح بإذنه.

أصله: إذا كفل بالشهود ليحضرهم للأداء. ولأن المكفول به لا يجب عليه تسليم نفسه، وإنما يجب عليه الخروج من الحق وحبسه، إن حبس ليخرج من الحق، فلأن لا يجب على الكفيل تسليم المكفول به أولى. لأن ما لا يلزم المضمون عنه، فأولى ألَّا يلزم الضامن. ولأنه إن استحق إحضاره مجلس الحكم، فهو على الحاكم أوجب. فإن عجز عنه الحاكم، فالكفيل عنه أعجز. فهذا توجيه القولين، وهي طريقة من ذكرنا من أصحابنا.

وكان أبو العباس بن سريج وطائفة من متقدمي أصحابنا يقولون: الكفالة بالنفوس جائزة في الأموال قولاً واحداً، وفي الحدود على قولين:

أحدهما: جائزة كالأموال.

والثاني: باطلة. لأن الحدود تُدْرأ بالشبهات، فلا معنى للتوثيق فيها بالكفالات. وسواء في الحدود ما كان من حقوق الأدميين كالقذف والقصاص، أو ما كان لله كالخمر والزنا.

وتأولوا قول الشافعي، غير إنها ضعيفة يعني: غير أن القياس فيها ضعيف. لكن لما اقترن به السنة والأثر، وجب المصير إليه لا انَّ ذلك قول ثان في إبطالها، كما قال في النائم قاعداً: لو صِرْنا إلى النظر توضأ بأي حالاته كان، فأسقط النظر للخبر، فلم يدل ذلك على اختلاف قوله فيه. وكما قال في القديم: آذان الصبح قبل الوقت، وليس ذلك بقياس، لكن اتبعنا رسول الله ﷺ.

وأما قوله: «ولا يكفل رجل في حد ولا لسان» فمن أبطل الكفالة في الحدود حمل ذلك على ظاهره، ومن جوَّزها في الحدود على أحد القولين تأول ذلك على إبطال الكفالة بنفس الحد واللعان، لا بنفس من وجب عليه الحد واللعان.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا، وقلنا بجواز الكفالة على الصحيح من المذهب، فصحتها معتبرة بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون عارفاً بالمكفول به، كما يلزمه معرفة المال المضمون ليعلم من

يستحق عليه بالكفالة المطالبة به. وهل يلزم أن يكون عارفاً بالمكفول له؟ على وجهين كالمضمون له.

والشرط الثاني: أن يكون على المكفول به حق يستحق مطالبته به، وهل يلزم أن يكون عارفاً بحقه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: إنه لا تصح الكفالة إلا بعد معرفة الكفيل بقدر ما على المكفول به من الدين، لأن من مذهبه إن موت المكفول به يوجب على الكفيل غرم الدين.

والثاني: وهو مذهب الشافعي: إن معرفة الكفيل بقدر الدين لا تلزم، وإن جهالته به لا تضر، لأن من مذهبه: إن موت المكفول به لا يوجب على الكفيل غرم الدين.

والشرط الثالث: أن تكون الكفالة عن أمر المكفول به وإذنه. فإن كفل من غير إذنه لم تصح. وقال أبو العباس بن سريج. تصح الكفالة بغير أمر المكفول به، كما يصح الضمان بغير أمر المضمون عنه.

وهذا خطأ، والفرق بين الكفالة والضمان: ان الضمان يوجب غرم مال يمكن استيفاؤه من الضامن دون المضمون عنه، والكفالة توجب تسليم نفس، وذلك لا يمكن إلا بتمكين المكفول به.

فعلى مذهب أبي العباس: تصح الكفالة بالصبي والمجنون، لأنهما قد تلزمهما حقوق الأموال، فصحت الكفالة بهما. وعلى الظاهر من مذهب الشافعي: ان الكفالة بالصبي والمجنون لا تصح، لأن أمرهما لا يتعلق به حكم. فلو أمره الإبن بالكفالة لم يصح، لأن الأمر للأب سؤال وطلب لا يتعلق حكم به.

فصل: فإذا تقرر أنه يعتبر في صحة الكفالة ما ذكرنا من الشروط، انتقل الكلام إلى بيان اللفظ الذي تنعقد به الكفالة، وذلك أن تقول: كفلت لك بنفس فلان، وهذا عرف أهل العراق. أو تقول: كفلت لك بوجه فلان، وهذا عرف أهل الحجاز.

وفي معنى الأول أن تقول: كفلت بروح فلان، وفي معنى الثاني أن تقول: كفلت لك برأس فلان، فتصح الكفالة بهذا كله.

وهكذا لو قال: كفلت لك بجسم فلان، أو ببدن فلان، صحت الكفافة. فأما إذا ذكر في الكفالة عضواً من أعضائه، فإن كان العضو ما يعبر به عن الجملة كقوله: كفلت لك بعين فلان صحت الكفالة، كما لو قال: كفلت لك بوجه فلان. فإن كان العضو مما لا يعبر به عن الجملة ينظر: فإن كان لا يحيا بفقده مثل الكبد والفؤاد.

فإذا قال: كفلت لك بكبد فلان، أو فؤاد فلان، صحت الكفالة وجرى مجرى قوله: بنفس فلان.

وإن كان العضو مما يحيا مع فقده كاليد والرجل، فإذا قال: كفلت لك بيد فلان، أو برجل فلان، ففيه وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: يصح، كالطلاق والعتق.

والثاني: لا يصح. لأنه قد يفقد ذلك العضو الذي عُيِّنَ في الكفالة، ولا يؤثر في الحق.

فأما إذا قال: كفلت لك بنصف فلان، أو بثلث فلان، أو بجزء منه، صحت الكفالة لأن الجزء الشائع فيه لا ينفصل منه، فكان أقوى في الحكم من أعضائه.

فصل: فإذا صح ما ذكرنا من بيان لفظ الكفالة، فلا فرق في صحة الكفالة بين أن يكون المكفول به حاضراً أو غائباً. ولا فرق بين أن يكون مطلقاً، أو محبوساً. لأن تعسر إحضاره بالحبس والغيبة جارٍ مجرى إعسار الضامن بالمال، ثم ثبت إن إعسار الضامن بالمال الذي ضمنه لا يمنع من صحة ضمانه، فكذا تعذر إحضار المكفول به لا يمنع من صحة الكفالة. ثم لا يخلو حال الكفارة من أحد أمرين:

إما أن تكون مقيدة بزمان ومكان، أو مطلقة.

فإن كانت مطلقة، استحق مطالبة الكفيل عاجلاً في المكان الذي تكفل فيه. وإن كانت مقيدة بزمان ومكان، فتقييدها بالزمان أن تقول: عليَّ أنني أُسلِّمه إليك بعد شهر، فلا يستحق مطالبته قبل مضي الشهر. وتقييدها بالمكان أن تقول: عليَّ أنني أُسلمه إليك بالبصرة، أو في مجلس الحكم، فلا يستحق مطالبته به في غير ذلك الموضع.

فإن سلمه الكفيل قبل الشهر، فإن كان الحق الذي عليه مؤجلاً لا يحل قبل الشهر، أو

كانت له بينة غائبة لا تحضر قبل شهر، لم يبرأ بتسليمه إلا عند رأس الشهر. وإن كان دينه حالاً وبيّنته حاضرة، بريء بتسليمه في الحال، لأنه لا يستفيد بتأخيره شيئاً.

وهكذا لو كفل به على أن يسلمه بالبصرة، فسلمه في غيرها، فإن كان يخاف عليه في الموضع الذي سلمه من يَدٍ غالبة، أو كانت له بينة بالبصرة وفي حمله إلى البصرة مؤنة، لم يبرأ بتسليمه إلاّ بالبصرة. وإن كان المكان آمناً والبينة حاضرة واستيفاء الحق ممكناً، بريء بتسليمه، لأنه لا يستفيد بحمله إلى البصرة شيئاً.

فلو كفل به إلى وقت فمضى الوقت ولم يأت به، فإن كان المكفول به حاضراً مقدوراً عليه حبس الكفيل حتى يأتي به، وإن كان غائباً غير مقدور عليه، فهو في حكم المعسر يجب إنظاره حتى يقدر عليه، ولا يجوز حبسه، كما لا يجوز حبس من أعسر بالدين حتى يوسر. فلو سلم المكفول به نفسه بريءَ الكفيل من كفالته، فإن أبى المكفول له أن يقبله أشهد المكفول به الدافع لنفسه انه قد سلَّم نفسه في كفالة فلان، وبريءَ الكفيل منها. وهكذا لو أحضره الكفيل فأبى المكفول له أن يقبله، أشهد الكفيل على تسليمه، فأبرأه الحاكم. فإن تعذر فعدلٌ من المسلمين، فإن أبرأ نفسه من الكفالة بريءَ.

فصل: فلو مات المكفول به، فمذهب الشافعي وأبي حنيفة رضي الله عنهما: أنه لا شيء على الكفيل. وقال مالك وأبو العباس: قد وجب على الكفيل ما على المكفول به من الحق. وهكذا يقولان إذا تطاولت غيبته ولم يعرف موضعه، لأن المقصود بالكفالة التوثيق في الدين المستحق، فلو كان موت المكفول به لا يوجب على الكفيل غرماً، لبطلت فائدة الكفالة.

وهذا خطأ، لأن الحق لم يضمنه، والمكفول به قد مات، فليس يقدر عليه. ولو جاز إذا كفل بالنفس أن يضمن المال، لجاز إذا ضمن المال أن يصير كفيلاً. ولكن كل واحد منهما يختص بحكمه.

فإذا ثبت أن لا شيء على الكفيل، نظرنا: فإن لم يلزم إحضار الميت إلى مجلس الحكم، فقد بطلت الكفالة بموته. وإن لزم إحضاره مجلس الحكم، لأن عليه بينة تشهد على عينه ولا تعرف اسمه ولا نسبه، فلا بأس بإحضار الميت مجلس الحكم، أو يحضر الحاكم إلى موضع الميت يسمع البينة على عينه. فعلى هذا يكون في الكفالة وجهان:

أحدهما: باقية لا تبطل بالموت، ويؤخذ الكفيل بإحضار الميت.

والوجه الثاني: قد بطلت الكفالة بالموت، لأن الميت مقدور عليه لإقامة الشهادة عليه، فلم يحتج إلى الكفيل.

فصل: فلو مات الكفيل فعلى مذهب الشافعي: إن الكفالة قد بطلت، ولا يستحق مطالبة الوارث بشيء. ويجيء على مذهب ابن سريج: أن لا تبطل الكفالة لأنها على مذهبه قد تُفْضِي إلى مال يتعلق بالتركة. لكن لم أجد نصاً فيه. ولكن لو مات المكفول له، كانت الكفالة على حالها لا تبطل على قول الجماعة ويقوم وارثه مقامه في المطالبة بالمكفول به.

فلو كان المكفول له حين مات خلف ورثه وغرماء، فَوَصى بإخراج ثلثه إلى وصي، فإن كان المستحق على المكفول به لا تعلق له بالمال، كان المستحق للكفالة الوارث وحده دون الغرماء وأهل الوصايا، وإن كان مالاً لم يبرأ الكفيل إلا بتسليم المكفول به إلى الورثة والغرماء والوصي، وكذا المال المضمون. فإن سلَّمَه إلى الورثة دون الغرماء والوصي، أو إلى الغرماء دون الورثة والوصي، أو إلى الوصي دون الورثة، لم يبرأ من الكفالة. ولكن لو سلمه إلى الورثة والغرماء وأهل الوصايا دون الوصي، ففي براءته وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: يبرأ، لأنه سلمه إلى مستحقه، وإنما الوصي نائب ووسيط.

والوجه الثاني: لا يبرأ حتى يكون الوصي في جملة من تسلمه، لأن للوصي ولاية على أهل الوصايا، فصار كولي الطفل والمجنون.

فصل: ولو قال: كفلت لك بنفس فلان، فإن مات فأنا ضامن لما عليه، صحت الكفالة وبطل الضمان، لأنها معلقة بشرط. ولو قال: كفلت لك بنفس فلان على أنه إنْ مات فأنا ضامن لما عليه، بطلت الكفالة والضمان معاً، لأنه جعل الضمان الفاسد مشروطاً في الكفالة، فبطلا جميعاً.

ولكن لو قال: كفلت لك بنفس فلان وضمنت لك ما عليه وهو معلوم، فهذه كفالة صحيحة، وضمان صحيح. وبالعكس مما ذكرنا، أن يقول: قد ضمنت لك عن فلان ألفاً، فإن لم أُؤَدها فأنا كفيل بنفسه، صح الضمان وبطلت الكفالة. ولو قال: ضمنت لك عنه ألفاً على أنني إن لم أودِّها فأنا كفيل بنفسه، بطل الضمان والكفالة والله أعلم.

فصل: فلو كفل رجل برجل لرجلين، فسلَّمَه إلى أحدهما، لم يبرأ من حق الآخر، وبرىء من حق من تسلمه منه، وكان الآخر على حقه من مطالبة الكفيل به.

ولو كفل رجلان برجل مجتمعين لم يستحق المكفول به مطالبة أحدهما بالمكفول به، وكان له مطالبتهما جميعاً. فإن سلمه إلى أحدهما، برئا منه جميعاً.

فصل: ولكن لو كفل رجل برجل، ثم كفل به ثان، ثم كفل به ثالث، كان للمكفول له مطالبة كل واحد من الكفلاء على انفراد. فإذا سلمه أحدهم لم يبرأ الآخران من كفالته، بخلاف الضمان إذا سلم أحد الضمناء المال؛ لأن أداء أحدهم المال يبرىء المضمون عنه من الحق، فبرىء باقي الضمناء، وتسليم أحد الكفلاء المكفول به لا يبرئه من الحق، فلم يبرأ باقي الكفلاء.

فلو كفل رجل برجل، ثم كفل بالكفيل آخر، ثم كفل بالكفيل الثاني كفيل ثالث، جاز وكان للمكفول له مطالبة كل واحد منهم بمن تكفل به. فلو مات المكفول به الأول، برؤوا جميعاً. ولو مات الثاني، برىء من بعده من الكفلاء. ولو مات الثالث، برىء من بعده ولم يبرأ من قبله، كما قلنا في براءة الضمناء. والله أعلم بالصواب.

فصل: أخذ السفاتج بالمال على ضربين:

أحدهما: أن يكون بدين ثابت.

والثاني: أن يكون بقرض حادث.

فأما الدين الثابت، إذا سأل صاحبه من هو عليه أن يكتب له به سفتجة إلى بلد آخر، لم يلزمه إلا أن يشاء. فلو اتفقا على كتب سفتجة، جاز.

وأما القرض فضربان:

أحدهما: أن يكون مشروطاً فيه كتب السفتجة، أما من جهة المُقرض فيقول: هوذا أقرضتك لتكتب لي به سفتجة إلى بلد كذا. أو من جهة المُقتَرِض فيقول: هوذا اقترض منك لأكتب لك في سفتجة إلى بلد كذا، فهذا قرض باطل لا يصح أَخذ السفتجة به، لأنه قرض جر منفعة.

والثاني: أن يكون قرضاً مطلقاً، ثم يتفقان على كتب سفتجة، فيجوز هذا كالدين. وإذا كان كذلك، فلا يخلو حال السفتجة بالدين من أحد أمرين:

إما أن يكون بلفظ الحوالة، أو بلفظ الأمر والرسالة. فإن كانت بلفظ الحوالة، فإذا وردت السفتجة إلى المكتوب إليه، لزمه أداؤها بأربعة شروط.

أحدها: أن يعترف بدين المكاتب.

والثاني: أن يعترف بدين المكتوب له.

والثالث: أن يغترف بأنه كتاب المحيل.

والرابع: أن يعترف إنه كتبه مريداً إنه الحوالة.

فإذا اعترف بهذه الأربعة، لزمه أداء ما في السفتجة من الدين، سواء ضمنه لفظاً أم لا. وإن اعترف بدين الكاتب وأنكر دين المكتوب له، أو اعترف بدينهما وأنكر الكتاب، لم تلزمه الحوالة. ولو اعترف بدينهما وبالكتابة وأنكر أن يكون المكاتب أراد به الحوالة، فالمذهب الذي يوجبه القياس: إن الحوالة لا تلزمه.

ومن أصحابنا من قال: متى اعترف بالكتاب والدين، لزومته الحوالة. وإن أنكر الإرادة اعتماداً على العرف، وإن الوصول إلى الإرادة متقرر. فلو لم يعترف بالكتاب، لكن أجاب إلى دفع المال ليكون مضموناً عليه إلى أن تصح الحوالة، جاز. واختلف أصحابنا: هل يجوز له استرجاع المال منه قبل صحة الحوالة؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز، اعتباراً بالشرط. وإن له استرجاعه بعد العلم ببطلان الحوالة.

والوجه الثاني: وهو قول أبي عبد الله الزبيري: يجوز له استرجاع المال منه متى شاء، ما لم تثبت صحة الحوالة، لأن المال لا يلزمه إلا بعد صحة الحوالة.

أما إذا كانت السفتجة بلفظ الأمر والرسالة، لم تلزم المكتوب إليه إلا أن يضمنها لفظاً، سواء اعترف بالكتاب والدين أم لا، وهو قول محمد بن الحسن. وقال أبو يوسف: إذا قرأها وتركها، ترك رضا لزمته. وقال غيره من العراقيين: إذا أثبتها في حسابه، لزمته. وكل هذا عندنا لا يلزم به السفتجة.

وكذلك لو كتب على ظهرها: إنها صحيحة قد قبلتها حتى يضمنها لفظاً، ثم لا تلزم الكاتب إلاَّ أَن يعترف بها لفظاً، فلا تلزمه باعترافه بالخط. ومن أصحابنا من قال: إن اعترف بالخط لزمه، وهو قول من زعم أن المكتوب إليه أن اعترف بالخط في الحوالة لزمته. وهو غير صحيح في الموضعين. آخر كتاب الضمان بحمد الله ومنّه وحسن توفيقه.

كتاب الشرك(١)

تحرِّيْثُ فيها مذهب الشافعي رحمه الله عليه:

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (الشَّرِكَةُ مِنْ وُجُوهٍ، مِنْهَا: الغَنِيمَةُ، أَزَالَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ مِلْكَ المُشْرِكِينَ عَنْ خَيْبَرِ، فَمَلَكَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالْمُؤْمِنُونَ، وَكَانُوا فِيهِ شُرَكَاءَ، فَقَسَّمَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ خَمْسَةَ أَجْزَاءٍ، ثُمَّ أَقْرَعَ بَيْنَهَا، فَأَخْرَجَ مِنْهَا خُمْسَ اللَّهِ تَبَارَكَ وَتَعَالَى لأَهْلِهِ، وَأَرْبَعَةَ أَخْمَاسِهَا لأَهْلِهَا (قَالَ المُزَنِيُّ): وَفِي ذَلِكَ دَلِيلٌ عَلَى قَسْمِ الأَمْوَالِ، وَالضَّرْبِ عَلَيْهَا بِالسِّهَامِ. وَمِنْهَا المَوَارِيثُ، وَمِنْهَا الشَّرِكَةُ فِي الهِبَاتِ وَالصَّدَقَاتِ فِي قَوْلِهِ، وَمِنْهَا التِّجَارَاتُ، وَفِي ذَلِكَ كُلِّهُ القَسْمُ إِذَا كَانَ مِمَّا يُقَسَّمُ، وَطَلَبَةُ الشَّرِيكُ، وَمِنْهَا الشَّرِكَةُ فِي الصَّدَقَاتِ المُحَرَّمَاتِ فِي قَوْلِهِ: وَهِيَ الأَحْبَاسُ، وَلاَ وَجْهِ لِقَسْمهَا فِي رِقَابِهَا لارْتِفَاعِ المِلْكِ عَنْهَا، فَإِنْ تَرَاضُوا مِنَ السُّكْنَى سَنَةً بِسَنَةٍ فَلاَ بَأْسَ)(٢).

قال الماوردي: والأصل في إحلال الشركة وإباحتها: الكتاب، والسنة:

فأما الكتاب: فقوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُم مِنْ شَيْءٍ فَإِنَّ خُمُسَهُ لِلَّهِ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي القُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينَ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾(٣) فجعل الله تعالى خمس الغنائم مشتركة بين أهل الخمس، وجعل الباقي مشتركاً بين الغانمين. لأنه لما أضاف المال إليهم وبين

---

(١) في مختصر المزني: باب الشركة.

والشركة: بكسر الشين وسكون الراء، وحكي بفتح الشين وكسر الراء، ولغة هي الاختلاط. وشرعاً: ثبوت الحق في الشيء الواحد لشخصين فأكثر على جهة الشيوع، يقال: هو مشترك. والشركة أربعة أنواع: شركة العنان، وشركة الأبدان، وشركة المفاوضة، وشركة الوجوه. كما قال النووي في الروضة ٤/٥٠٧ وما بعدها.

(٢) مختصر المزني: ص ١٠٩ وتتمة المسألة: قال المزني: وفي ذلك دليل على قسم الأهوال والضّرب عليها بالسّهام، ومنها المواريث، ومنها الشركة في الهبات وفي الصدقات في قوله، ومنها التجارات، وفي ذلك كله القسم إذا كان ممّا يقسم، وطلبةُ الشريك، ومنها الشركة في الصدقات المحرمات في قوله، وهي الزحباس، ولا وجه لقسمها في رقابها لارتفاع الملك عنها، فإنْ تراضوا من السُّكنى سنة بسنةٍ فلا بأس.

(٣) سورة الأنفال، الآية: ٤١.

الخمس لأهله، علم أن الباقي لهم. كما قال ﴿وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ﴾[(١)] دل على أن الباقي بعد الثلث للأب. وقال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾[(٢)] فجعل التركة شركة بين الورثة.

وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا الصَّدَقَاتُ لِلْفُقَرَاءِ وَالْمَسَاكِينِ﴾[(٣)] الآية. فجعل أهل السهام شركاء في الصدقات. وقال تعالى: ﴿وَإِنَّ كَثِيراً مِنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ﴾[(٤)] يعني: الشركاء.

وأما السنة فروي الشافعي: عن مسلم بن خالد، عن عبد الله بن عثمان، عن مجاهد، عن السائب بن أبي السائب وكان يشارك رسول الله ﷺ في الجاهلية قال: فقدم على رسول الله ﷺ فقال لَهُ: «مَرْحَباً بِأَخِي لاَ يُدَارِي وَلاَ يُبَارِي». ثُمَّ قَالَ: «كَمْ يَا سَائِبُ كُنْتَ تَعْمَلُ فِي الْجَاهِلِيَّةِ أعمالاً لاَ تَقْبَلُ مِنْكَ وَهِيَ الْيَوْمُ تُقْبَلُ وَكَانَ ذَا سَلَفٍ وَصَدَاقَة وصلة»[(٥)].

وروى إبراهيم بن ميسرة، عن مجاهد، أن قيس بن السائب قال إنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ شَرِيكي فِي الْجَاهِلِيَّةِ وَكَانَ خَيْرَ شَرِيكٍ لاَ يُدَارِي وَلاَ يُمَارِي[(٦)].

وروي أبو حيان التيمي، عن أبيه، عن أبي هريرة عن رسول الله ﷺ أنه قال: «إن الله تعالى يقول: أَنَا ثَالِثُ الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَخُنْ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ فَإِنْ خَانَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ خَرَجْتُ مِنْ بَيْنِهِمَا»[(٧)].

وروي رسول الله ﷺ أنه قال: «يَدُ اللَّهِ عَلَى الشَّرِيكَيْنِ مَا لَمْ يَتَخَاوَنَا»[(٨)].

وروي: أن النبي ﷺ شرك بين أصحابه في سهام خيبر، وفي الأزواد في السفر، واشترك رسول الله ﷺ وأبو بكر وعلي في أزوادهم يخلطونها في سفرهم.

---

(١) سورة النساء، الآية: ١١

(٢) سورة النساء، الآية: ١١.

(٣) سورة التوبة، الآية: ٦٠.

(٤) سورة صَ، الآية: ٢٤.

(٥) حديث السائب: أخرجه البيهقي ٦/ ٧٨ وأحمد ٣/ ٤٢٥، وصححه الحاكم ٢/ ٦١ ووافقه الذهبي.

(٦) أخرجه أحمد ٣/ ٤٢٥ والبيهقي ٦/ ٧٨.

(٧) حديث أبي هريرة: أخرجه أبو داود في البيوع (٣٣٨٣) والبيهقي ٦/ ٧٨ والدارقطني ٣/ ٣٥.

(٨) أخرجه الدارقطني ٣/ ٣٥ وبلفظ: يد الله على الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه فإذا خان أحدهما صاحبه رفعها عنهما:

وأبو حيان التّيمي هو يحيى بن سعيد بن حيان التّيمي الكوفي وثقه العجلي وابن معين وآخرون. وقد روي مرسلاً وموصولاً. فرواه أبو داود موصولاً عن أبي هريرة، ورواه أبو حيان، عن أبيه مرسلاً.

فصل: فإذا ثبت جواز الشركة، فقد ينقسم ما تكون فيه الشركة أقسام أربعة:

أحدها: أن تكون في الرقاب والمنافع.

والثاني: أن تكون في الرقاب، دون المنافع.

والثالث: أن تكون في المنافع، دون الرقاب.

والرابع: أن تكون في حقوق الرقاب.

فأما القسم الأول: وهو أن تكون الشركة في الرقاب والمنافع، فهو أن يملك الإثنان أو الجماعة: داراً، أو أرضاً، أو حيواناً، أو عرضاً، بابتياع، أو ميراث، أو مغنم، أو هبة، فيكونا شريكين في رقبة الشيء أو منفعته.

وأما القسم الثاني: وهو أن تكون الشركة في الرقاب دون المنافع، فهو أن يوصي رجل بخدمة عبده، أو سكنى داره، أو غلة بستانه لرجل، فيكون الموصى له المنفعة، ويكون الورثة شركاء في الرقبة.

وأما القسم الثالث: وهو أن تكون الشركة في المنافع دون الرقاب. فأما المنافع على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون المنفعة مملوكة من عين، كالرجلين إذا استأجرا داراً أو أرضاً، فهما شريكان في منافعها دون رقابها، والوقف من هذا النوع يكون أربابه شركاء في منافعه دون رقبته، إن قيل: أن رقبة الوقف لا تملك. وإن قيل: إن رقبة الوقف مملوكة، كان من القسم الأول يكون أربابه شركاء في منافعه دون رقبته، وإن قيل: إن رقبة الوقف لا تملك.

والضرب الثاني: أن تكون المنفعة مباحة من عين غير مملوكة بالدهن النجعي والروث والسماد، فهذا غير مملوك، وإنما يكون الإنسان أولى به لثبوت يده لما يتعلق به من إباحة الانتفاع به. وإنما لم تملك المنفعة، وإن كانت مباحة، لأنه لا يجوز المعاوضة عليها، فيكون الشركاء في هذا النوع شركاء في إباحة منافعه.

والضرب الثالث: ما كانت المنفعة مأخوذة من عين غير مملوكة. واختلف أصحابنا في المنفعة فيه: هل تكون مملوكة أو مباحة، وهي منفعة الكلب المنتفع به؟

فأحد الوجهين: أنها مباحة غير مملوكة، ولا يجوز أن يعاوض عليها.

والثاني: أنها منفعة مملوكة، وأن كانت العين غير مملوكة، ويجوز أن يعاوض عليها. وهذا من اختلاف أصحابنا في جواز إجارة الكلب.

وأما القسم الرابع: وهو أن تكون الشركة في حقوق رقاب، وذلك على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون الحق في الرقبة مفضياً إلى التمليك.

والثاني: أن يفضي إلى الاستهلاك.

والثالث: أن يفضي إلى التأديب.

فأما الأول: وهو أن تكون الشركة فيما يستحق به تملك رقاب، فكالشفعة يستحق بها ملك ما وجب فيه الشفعة.

وأما الثاني: وهو أن تكون الشركة فيما يستحق به استهلاك رقاب فكالقصاص، يجب بتناوله إتلاف ما وجب فيه القصاص.

وأما الثالث: أن تكون الشركة فيما يستحق به تأديب رقاب، كحد القذف يجب به تأديب من كان منه القذف.

فصل: ثم إن المزني ذكر أحوال القسمة في الأموال المشتركة، وجملة الأموال المشتركة: إنها في اقتسام الشركة بها على أصناف أربعة:

أحدها: ما تصح فيه القسمة صلحاً وجبراً، وهو ما تساوت أجزاؤه من الدور والأرضين والأدهان والحبوب.

والثاني: ما لا تصح فيه القسمة صلحاً ولا جبراً، كاللؤلؤ والجواهر لما فيها من اختلاف قيمته واستهلاك عينه.

والثالث: ما تصح فيه القسمة صلحاً ولا تصح جبراً، كالأرض والعقار إذا اختلفت قيمة أماكنه ودخل الرد في قسمته. فإن تراضى الشريكان في هذا النوع الذي يدخله الرد على إدخال القرعة، وأخذ ما خرج بها، فهل يلزمها ذلك إذا خرجت القرعة أم يكونا على خيارهما؟ على قولين:

وهكذا لو استقرت القيمة على فصل مساحة أحدهما، أنه لا معنى للقرعة في التزام ما خرج بها، ويكونان بعد خروج القرعة على خيارهما قبل القرعة.

والقول الثاني: قد لزمهما ذلك لما تراضيا عليه.

والقسم الرابع: ما تصح فيه القسمة صلحاً، وفي دخول القسمة فيه جبراً قولان. وذلك ما تساوت أجزاؤه وتماثلت قيمته من الثياب والعبيد، إن تراضوا بالقسمة عليه جاز، وإن طلبها أحدهما فهل يجبر الآخر عليها؟ فيه قولان.

فأما الوقف فإن كان في الشركة وقفاً لم يجز قسمته بين أربابه، سواء قلنا: إن رقبة الوقف ملكاً لله، أو على ملكهم. لأنه لو كان ملكاً لله، فقسمة ما ليس في ملكهم لا يجوز. وإن كان ملكاً لهم، فهم إنما يملكونه مدة حياتهم، ثم يملكه البطن الثاني بعدهم، والقسمة ما تأبدت، والتأبيد لا يستحقونه.

فإما أن كان بعض الشيء وقفاً وبعضه ملكاً، فإن قيل: إن القسمة بيع، لم تجز قسمته. وإن قيل: إنها إقرار، جازت قسمته.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فالشركة تكون من وجهين:

أحدهما: أن تكون عن عقد واختيار.

والثاني: أن تكون عن غير عقد واختيار.

فأما ما كان عن غير عقد واختيار، فالشركاء في المواريث والمغانم والأوقاف. وأما ما كان عن عقد واختيار، فسنذكره من بعد على أقسامه.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالَّذِي يُشْبِهُ قَوْلَ الشَّافِعِيِّ: أَنَّهُ لاَ تَجُوزُ الشَّرِكَةُ فِي الْعَرضِ وَلاَ فِيمَا يَرْجِعُ فِي حَالِ المُفَاضَلَةِ إِلَى الْقِيمَةِ لِتَغَيُّرِ القِيَمِ، وَلاَ أَنْ يُخْرِجَ أَحَدُهُمَا وَالآخَرُ دَنَانِيرَ، وَلاَ تَجُوزُ إِلاَّ بِمَالٍ وَاحِدٍ بِالدَّنَانِيرِ أَوْ بِالدَّرَاهِمِ. فَإِنْ أَرَادَا أَنْ يَشْتَرِكَا وَلَمْ يُمْكِنْهُمَا إِلاَّ عَرَضٌ، فَإِنَّ المُخْرِجَ فِي ذَلِكَ عِنْدِي أَنْ يَبِيعَ أَحَدُهُمَا نِصْفَ عَرضِهِ بِنِصْفِ عَرضِ صَاحِبِهِ، وَيَتَقَابَضَانِ، فَيَصِيرُ جَمِيعُ العرضين بَيْنَهُمَا نِصْفَيْنِ، وَيَكُونَانِ فِيهِ شَرِيكَيْنِ إِنْ بَاعَا أَوْ حَبَسَا أَوْ عَارَضَا لأَفْضَلٍ فِي ذَلِكَ لأَحَدٍ مِنْهُمَا (قَالَ): وَشَرِكَةُ الْمُفَاوَضَةِ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ لاَ تَجُوزُ بِحَالٍ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إعلم أن ما كان من الشرك عن عقد واختيار، على ستة أقسام:

---

(١) مختصر المزني: ص١٠٩.

أحدها: شركة العنان.

والثاني: شركة العروض.

والثالث: شركة المفاوضة.

والرابع: شركة المفاضلة.

والخامس: شركة الجاه.

والسادس: شركة الأبدان.

فأما القسم الأول وهو شركة العنان: فهي أن يخرج كل واحد منهما مالاً مثل مال صاحبه ويخلطاه، فلا يتميز، وبإذن كل واحد منهما لصاحبة أن يتجر بالمال فيما رأى من صنوف الأمتعة، على أن يكون الربح بينهما على قدر المالين، والخسران كذلك، فهذه أصح الشرك.

واختلف الناس: لـِمَ سميت شركة العنان؟ قال قوم: لأنهما قد استويا في المال، مأخوذاً من استواء عنان الفرسين إذا تسابقا. وقال آخرون: إنما سميت شركة العنان، لأن كل واحد منهما قد جعل لصاحبه أن يتجر بالمال فيما عنَّ له إن عرض.

وقال آخرونَ: إنما سميت بذلك لأن كل واحد منهما يملك التصرف في جميع المال، كما يملك عنان فرسه، فيصرفه كيف شاء.

فصل: وأما القسم الثاني وهو شركة العروض: فهو أن يخرج هذا متاعه فيقومه، ويخرج هذا متاعه فبقومه، ثم يشتركان بالقيمتين ليكون المتاعان بينهما، إن ربحا فيه كان بينهما، وإن خسرا فيه كان الخسران عليهما. فهذه شركة باطلة، سواء كان العرضان من جنس واحد، أو من جنسين لأمرين:

أحدهما: أنه قد يزيد قيمة العرض الواحد، فيأخذ الشريك من ربحه قسطاً وينقص، فيلتزم من خسرانه قسطاً ولم يملك منه شيئاً.

والثاني: أنهما إن أرادا ردَّ مثل العرض عند فصل الشركة، فقد يجوز أن تزيد قيمته زيادة تستوعب الربح كله. وإن أراد رد قيمته، فهي غير ما اشتركا فيه.

فإذا ثبت ما ذكرنا من بطلان شركة العروض، فلابن أبي ليلى كلام فقد ذكر المزني في صحة الشركة فيها طريقاً، وذكر البغداديون من أصحابنا طريقاً ثانياً، وذكر البصريون طريقاً ثالثاً:

فأما طريقة المزني: فهو أن يبيع كل واحد منهما نصف عرضه بنصف عرض صاحبه، ويتقابضاه، فيصير كل واحد من العرضين شركة بينهما نصفين، ثم يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التجارة، فهذه طريقة صحة الشركة في العروض إذا لم يتبايعا على شرط الشركة.

وأما طريقة البغداديين: فهي أن يشتركا في شراء متاع بثمن في ذمتهما، ثم يدفع كل واحد منهما عرضاً بما عليه من ثمن المتاع. وهذه وإن كانت طريقة إلى صحة الشركة، فليست شركة في العروض، وإنما هي شركة في المتاع بثمن في الذمة، فإن العرض عوض فيه.

وأما طريقة البصريين: فهو أن يشتري كل واحد منهما نصف عرض صاحبة بثمن في ذمته، ثم يتقابضبان الثمن أو يتبادلانه، فيصير كل واحد من العرضين شركة بينهما نصفين. وهذه مزنية من طريقة المزني، فتصح الشركة في العروض في هذه الطرق الثلاثة.

ولكن اختلف أصحابنا إذا اشتركا في العروض على الطريقة التي ذكرناها عن المزني، هل يفتقر إلى العلم بقيمة العرضين أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنها يفتقران إلى العلم بالقيمة ليعلما ما يحصل لهما من فضل، أو يرجع عليهما من عجز.

والوجه الثاني: أنهما لا يفتقران إلى العلم بقيمة العرضين، لأنهما لما تساويا في ملكه، تساوياً في ربحه، فلم يكن بهما حاجة إلى تمييز الربح من الأصل.

فأما على الطريقتين الأخريين، فلا يلزم، لأن رأس المال هو الثمن المعقود عليه به، فهذا فيما لا يتماثل أجزاؤه.

فأما الذي يتماثل أجزاؤه ولا يختلف مثل الحبوب والأدهان المتفقة في النوع والصفة إذا أخرج أحدهما قدراً فيها، كأن أخرج كذا من حنطة على صفة، وأخرج الآخر كذا من حنطة على مثل تلك الصفة، وخلطاها ليكون شركة بينهما، ويردان مثله عند المفاضلة، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أنها شركة باطلة، لأنه معرض لزيادة القيمة ونقصها كالعروض.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: إنها شركة جائزة، لأنه مما لا يتميز عند

الاختلاط، ويمكن الرجوع إلى مثله عند الانفصال، فأشبه الدراهم والدنانير، وزيادة السعر ترجع إليها، ونقصه يعود عليها. ولكن لو كان أحدهما أعلى قيمة من الآخر، ويخالفه في صفة من صفاته، لم تجز الشركة به وجهاً واحداً ليميزه إذا خلط.

فصل: وأما القسم الثالث وهو شركة المفاوضة: فهو أن يشتركا في الناض من أموالهما كله دون العرض، ليرد كل واحد منهما على صاحبه نصف كسبه من المال وغيره، فهذه شركة باطلة. قال الشافعي في كتاب اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى: لا أعرف شيئاً من الدنيا يكون باطلاً إن لم تكن شركة المفاوضة باطلة.

وقال أبو حنيفة ومالك، وهو قول الأوزاعي والثوري: إن شركة المفاوضة جائزة إذا استوى المالان وكانا مسلمين، ويدخل فيها جميع الكسب إلا الميراث، ويلزم فيها غرم كل واحد منها إلا الجناية، تعلقا بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] وهذا عقد، فلزمهما بظاهر هذه الآية الوفاء به.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»[2] فوجب أن يلزمهما ما شارطاه.

قال: ولأنه نوع شركة، فوجب أن يكون منها ما يصح كشركة العنان. ولأن شركة المفاوضة أعم من شركة العنان، فعموم الشركة لا يمنع من صحتها. ألا ترى أن شركة العنان قد تكون خاصة في نوع واحد، وتكون تارة عامة إذا تشارطا التجارة في كل نوع، فلما جازت في حال عمومها كجوازها في حال خصوصها، كذلك شركة المفاوضة تجوز وإن كانت عامة كجواز غيرها من الشرك الخاصة. ولأن الربح في الأموال قد يقابل المال تارة كالشركة، وقد يقابل العمل تارة كالمضاربة والربح في شركة المفاوضة، لا يخلو من أن يكون مقابلاً للمال، أو للعمل. ولأيهما قابل وجب أن يجوز.

ودليلنا: «نهي رسول الله ﷺ عن الغرر» ولا غرر أعظم من المفاوضة فيما يدخل كسباً أو يخرج غرماً، لأنها شركة لا تصح مع تفاضل المال، فوجب أن لا تصح مع تساوي. أصله إذا كان أحدهما مكاتباً أو ذمياً. ولأن كل شركة لا تصح بين المسلم والذمي. والحر والمكاتب، لا تصح بين الحرّين المسلمين.

---

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

(٢) سبق تخريجه.

أصله: إذا تفاضلا في المال. ولأن مال لم يتفرع عن أصل تناوله عقد الشركة، فلم تصح فيه الشركة كالميراث. ولأنها شركة لا تصح مع مختلفي الدينين، فلم تصح مع متفقي الدينين، كشركة العروض.

فأما الجواب عن قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[1] فهو أنها مخصوصة بنهيه عن الغرر.

وأما الجواب عن قياسهم على شركة العنان فهو: أنه منتقض باشتراك الجماعة في الماء إذا كان لأحدهم جمل، وللآخر سقاء، والثالث عامل بيديه، ليكونوا شركاء في الكسب فهو نوع شركة وليس فيه ما يصح. ثم المعنى في شركة العنان: جوازها بين مختلفي الدينين.

وأما الجواب عن استدلالهم: بأن عمومها لا يمنع من صحتها، فهو: أننا لم نمنع منها لعمومها، وإنما منعنا منها لدخول الغرر فيها.

وأما الجواب عن استدلالهم: بأن الربح قد يقابل المال تارة والعمل أخرى، فهو: أنه يصح إذ انفرد كل واحد منهما بعقد، فأما إذا اجتمعا في عقد واحد فلا، وهاهنا وقد اجتمعا في عقد واحد فبطل.

فصل: وأما القسم الرابع وهو شركة المفاضلة: وهو أن يتفاضلا في المال ويتساويا في الربح، أو يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح، فهذه شركة باطلة.

وقال أبو حنيفة: هي شركة جائزة استدلالاً بقوله ﷺ «المُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ» قال: ولأن عقد الشركة كالمضاربة، لأن العمل في المضاربة بمنزلة مال أحد الشريكين في الشركة. ولأن كل واحد منهما في مقابلة جزء من الربح، فلما جاز في المضاربة أن يشترط أحدهما من الربح أكثر من الآخر، كذلك في الشركة. ولأن أحد الشريكين قد يكون أكثر عملاً، فيستحق مع قلة ماله لأجل عمله أكثر ربحاً.

ودليلنا: هو أن التفاضل في المال يمنع من التساوي في الربح. أصله: إذا أطلقا العقد. ولأن الشركة قد تفضي إلى الربح تارة، وإلى الخسران تارة أخرى، فلما كان الخسران يقسط على المال ولا يتغير بالشرط، وجب أن يكون في الربح مثله يتقسط على المال ولا يتغير بالشرط، وقد يتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

(١) سورة المائدة، الآية: ١.

أحدهما: أن الربح أحد موجبي العقد، فوجب إذا كان شرطه مخالفاً لمطلقه أن يبطل العقد، كالخسران.

والثاني: أن كل شرط لو كان في الخسران بطل به العقد، ووجب إذا كان في الربح أن يبطل به العقد. أصله: إذا شرط بينهما لأجنبيٍّ ولأنه نماء مال مودع، فوجب أن يكون مقسطاً على تفاضل المال، كالماشية والثمرة.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «**المُؤْمِنِينَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ**» فقد قال فيه: «**إلا شرطاً أحلَّ حراماً أو حرَّم حلالاً**»[1].

وأما استدلالهم بالمضاربة، فالمعنى في المضاربة: أنه لما كان إطلاقها يقتضي تساويها في الربح، جاز أن يتشارطا التفاضل في الربح، وليس كذلك الشركة.

وأما استدلالهم بأن عمل أحدهما قد يكون أكثر، فليس بصحيح، لأن العمل في الشركة لا يقابل شيئاً من الربح. ألا ترى أنهما لو أطلقا الشركة لم يتقسط الربح على العمل، ولا استحق عوضاً فيه، فبطل الاستدلال به؟.

فإذا ثبت ما ذكرنا فشركة المفاضلة على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يتساويا في المالين ويتفاضلا في الربحين. مثاله أن: يكون المال بينهما نصفين، والرِّبح بينهما أثلاثاً، فهذه شركة باطلة.

والضرب الثاني: أن يتفاضلا في المالين ويتساويا في الربحين، مثاله: أن يكون المال بينهما أثلاثاً، والربح بينهما نصفين، فهو شركة باطلة.

والضرب الثالث: أن يتفاضلا في الماليين، ويتفاضلا بحسبه في الربحين. مثاله: أن يكون المال بينهما أثلاثاً، لأحدهما ثلثاه وللآخر ثلثه، ويكون الريح بينهما أثلاثاً: لصاحب الثلثين ثلثاه، ولصاحب الثلث ثلثه، فمذهب الشافعي: جواز هذه الشركة لأن الربح فيها مقسط على قدر المالين.

ومن أصحابنا من ذهب إلى بطلانها حتى يتساوى الشريكان في رأس المال، وتعلق بقول المزني. والشركة الصحيحة أن يخرج كل واحد منهما مثل دنانير صاحبه، ويخلطانها، فيكونان فيها شريكين، فجعل قوله مثل دنانير صاحبه محمولاً على مثلها في

(١) سبق تخريجه.

القدر. وهذا تأويل فاسد، لأن مراده بالمثل: إنما هو المثل في الجنس والصفة، دون العقد.

وإذا لم تصح شركة المفاضلة في الضربين الأولين، فهل يكون شرط التفاضل فيها موجباً لبطلان الشركة بمعنى بطلان الأذن في التجارة بالمال المشترك أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: قد بطل الإذن لبطلان الشرط فيه، فلا يجوز لأحدهما أن يتصرف في جميع المال. فإن تصرف فيه، كان كمن تصرف في مال مشترك عن شركة فاسدة.

والوجه الثاني: أن اشتراط التفاضل وإن تعلّل بالشرط لا يوجب بطلان الإذن، فيجوز أن يتجر كل منهما بجميع المال، ويكون الربح مقسوماً بالحصص. فلو كان ثلث المال لأحد الشريكين، وثلثاه للآخر، فشرطا أن يكون الربح بينهما نصفين على أن ينفرد بالتجارة صاحب الثلث وحده، جاز وكانت هذه شركة ومضاربة بالبدن، لأن العامل يأخذ الثلث بملكه، وتمام النصف بعمله، وخرج عن حكم المفاضلة إلى حكم المضاربة.

فصل: وأما القسم الخامس وهو شركة الجاه: وتسمى شركة الوجوه، فهو أن يكون الرجل ذا جاه فيقول للرجل: «اشترِ على جاهي متاعاً والربح بيننا». أو يكون الشريكان ذا جاه فيقولان: نشترك. فيقولان على جاهنا ونشتري متاعاً والربح بيننا، فهذه شركة الجاه، وتسمى شركة الوجوه. ومن أصحابنا من جعل شركة الجاه النوع الأول، إذا كان الجاه لأحدهما، وشركة الوجوه إذا كان الجاه لهما. وهذا خلاف في العبارة، والحكم فيها سواء، وهي شركة باطلة.

وقال أبو حنيفة: هي شركة جائزة، استدلالاً بأنها نوع شركة، فوجب أن يكون منها ما يصح كشركة العنان.

ودليلنا: أنها شركة في غير مال، فوجب أن تكون باطلة كالشركة في الاصطياد والاحتشاش، على أنها مبنية على شركة الأبدان، وسنذكر الحجاج فيها، وقد مضى الجواب عن القياس على شركة العنان. فإذا ثبت أن شركة الجاه لا تصح، فلا يخلو حال مشتري المتاع من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يشتري لنفسه.

والثاني: أن يشتري لصاحبه.

والثالث: أن يشتريه بينهما.

فإن اشتراه لنفسه صح شراؤه، وصار ملكاً له إن ربح فالربح له، وإن خسر فالخسران عليه، ولا شيء للآخر في ربحه، ولا شيء عليه في خسرانه. وإن اشتراه كله لصاحبه لم يصح، لأنه إنما أذن له في شراء نصفه، ويكون الشراء لازماً له في النصف الزائد على القدر الذي أذن فيه. فأما النصف المأذون فيه، فيلزم الأمر على شروطه التي نذكرها، ولا يخرج على تفريق الصفقة؛ لأن الصفقة لم تختلف في الصحة والفساد. وإن اشتراه بينهما، فهو في النصف مشترى لنفسه، فلزمه ذلك. وفي النصف الآخر في حكم المشتري لموكله، فيصح ذلك بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون قد وصف له النوع الذي يتجر فيه، سواء كان نوعاً أو أنواعاً، لأن الإذن في شراء ما لم يوصف باطل.

والثاني: أن يقدر له المال الذي يشتري به، لأن ما لم يقدره فلا نهاية له، بخلاف شركة المال والمضاربة المقدرتان بالمال، فلم يحتج إلى تقديرهما بالذكر.

والثالث: أن ينوي في عقد الشراء أنه له ولصاحبه؛ لأن ملك المبيع لا ينتقل عن المشتري إلى موكله إلا بينة، سواء كان المأذون في ابتياعه معيناً أو غير معين.

وقال أبو حنيفة: إن كان غير معين، لم يصح الشراء للموكل إلا ببينة. وإن كان معيناً كقوله: اشترِ هذا العبد، صحّ الشراء للموكل بغير بينة. وهذا فرق يوجب القياس للتسوية بينهما، إلا أنه اشترى لغير العاقد فاقتضى أن يكون من شروطه النية.

أصله: ما كان غير معين. وأما ما يشتريه المضارب والشريك، فيحتاج إلى نية، في أنه في حال المضاربة والشركة، فإذا صح الشراء لهما على الشروط المعتبرة، كان الربح بينهما نصفين، والخسران إن كان عليهما نصفين. ثم للمشتري على شريكه نصف أجرة مثله فيما اشترى وباع، لأنه عمل في ماله ومال غيره. وكذلك كل شركة فاسدة إذا حصل الربح فيها بين الشريكين على قدر المالين، وكان العمل لهما رجع كل واحد منهما على صاحبه بنصف أجرة مثله. فإن تساويا تقاضا، وإن تفاضلا ترادا الفضل. وإن كان العمل لأحدهما، كان للعامل على الآخر نصف أجرة مثله.

وقال أبو حنيفة: ليس لواحد من الشريكين على صاحبه أجرة في عمله، لأن العمل

في الشركة لا يقابل شيئاً من الربح، فلم يكن لوجوده تأثير. وهذا خطأ، لأن حكم الشركة إذا زال بفسادها غلب فيها حكم الوكالة على عوض فاسد، وذلك موجب لأجرة المثل.

فصل: وأما القسم السادس وهو شركة الأبدان: وهو أن يشترك صانعان ليعملا بأبدانهما ويشتركان في كسبهما، فهذه شركة باطلة.

وقال مالك: تجوز إذا كانا متفقي الصنعة، ولا تجوز إذا كان مختلفي الصنعة.

وقال أبو حنيفة: تجوز مع اتفاق الصنعة واختلافها، ولا تجوز في الأعيان المستفادة بالعمل كالاصطياد والاحتطاب.

وقال أحمد بن حنبل: تجوز في كل ذلك، حتى في الاصطياد والاحتشاش، استدلالاً بما روي: أن سعد بن أبي وقاص وعبد الله بن مسعود وعمار بن ياسر رضي الله عنهم: اشتركوا فيما يغنمونه يوم بدر. فغنم سعد بعيرين، وقيل: بل أسر أسيرين، ولم يغنم الآخران شيئاً واقتسموا هذه الشركة في الأبدان في الأموال.

وقالوا: ولأن الناس في عهد رسول الله ﷺ وإلى وقتنا هذا يتشاركون بأبدانهم فلا يتناكرونه ولا ينكر عليهم، فصار ذلك إجماعاً منهم. ولأنه نوع شركة، فوجب أن يكون منها ما يصح الأموال. ولأن عمل البدن أصلاً قد يستفاد به المال إذا انفرد، والمال فرع عليه لا يستفاد به النماء إلا مع العمل، فلما صحت الشركة في الأموال، فأولى أن تصح في أعمال الأبدان. ولأن العامل في القراض شريك ببدنه في مال غير مماثل لعمله، فكانت الشركة في أعمال الأبدان المماثلة أولى.

ودليلنا: نهيهُ ﷺ عن الغرر[1]، وشركة الأبدان غرر. لأنه قد يعمل أحدهما ولا يعمل الآخر، وقد يعمل أحدهما أقل من الآخر. ولأنها شركة عريت عن مشترك في الحال، فوجب أن تكون باطلة. أصله: إذا اشتركا فيما، يستوهبانه.

ولأنها شركة في منافع أعيان متميزة فوجب أن تكون باطلة، إذا اشتركا في بعيرين لا يؤاجرهما ويشتركا في أجرتهما.

ولأن المقصود من شركة الأبدان هو العمل.

كما أن المقصود من شركة الأموال هو المال، فلما كانت الجهالة بقدر المال، فوجب

---

(١) سبق تخريجه في البيوع.

فساد الشركة ووجب أن تكون الجهالة بالعمل توجب فساد الشركة، والعمل مجهول بكل حال، لأن ما يعمله كل واحد منهما غير مقدر، وقد يمرض فلا يعمل. ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: هو أن وقوع الجهالة بحصة كل منهما يمنع من صحة الشركة، كما لو خلطا مالين لا يعرفان قدرهما.

والثاني: هو أنها معاوضة، لو كانت في الأموال بطلت بالجهالة، فوجب إذا كانت في الأعمال أن تبطل بالجهالة. أصله: إذا قال قد استأجرتك لتبني لي على ألا أضيع لك.

وأما الجواب عن استدلالهم في اشتراك سعد وابن مسعود وعمار رضي الله عنهم فيما يغنمون، فهو: أن حكم الغنيمة، أن الشركة فيها واقعة بالعمل دون الشرط. ألا ترى أنه لما لم يكن بين الغانمين شرط، كانت غنيمة أحدهم شركة بينهم؟

وأما استدلالهم بالإجماع فغير صحيح، لأن الإجماع مأخوذ من الأقوال لا من الأفعال. كما أن أبا حنيفة لم يجعل إجماع الناس على أخذ أجرة التعليم في الكتاتيب دليلاً على جواز أخذ الأجرة في تعليم القرآن.

وأما قياسهم على شركة العنان، فقد تقدم الجواب عنه من قبل.

وأما استدلالهم بأن العمل في الكسب أصل، والمال فرع، فلما جازت الشركة في الفرع فأولى أن تجوز في الأصل. فالجواب عنه: أن شركة الأبدان إنما بطلت لجهالة العمل، وهذا معتبر في شركة الأموال، لأنها بطلت بجهالة المال، فاستويا.

وأما استدلالهم بالقراض، فالمعنَى فيه: أن العمل فيه تبع للمال، وجهالة التبع لا تمنع من صحة العقد إذا كان الأصل معلوماً، وليس كذلك كشركة الأبدان لأن العمل فيها هو الأصل المقصود، فبطلت بكون العمل مجهولاً.

فإذا ثبت فساد شركة الأبدان، فلا يخلو أن يكون عمل كل واحد منهما: متميزاً، أو غير متميز. فإن كان متميزاً، اختص كل واحد منما بأجرة عمله. وإن كان العمل غير متميز، كان ما حصل لهما من الكسب مقسوماً بينهما على قدور أجور أمثالهما، فيصرف كل واحد منهما من الكسب بقسطه من أجرة مثله.

فصل: فلو اشترك رجلان في اصطياد صيد لم تصح الشركة، وملك كل واحد منهما ما

انفرد به من صيده. فلو اجتمعا على صيد ملكاه جميعاً لاستواء أيديهما عليه وكان لكل واحد منهما على صاحبه نصف أجرة مثله، فيترادان الفضل إن كان، وإلا تقاصا؛ لأن ذلك مملوك عن شركة فاسدة. ولو لم يكن ذلك عن عقد شركة ملكاه، ولا أجرة لواحد منهما على صاحبه.

وهكذا لو وضعا شبكة أو شركا بينهما، فوقع فيه صيد ملكاه معاً، وكان لكل واحد منهما على صاحبه نصف أجرة صيد، أو احتشاش حشيش، جاز، وملك الموكل ما حصل من الصيد والحشيش بفعل الوكيل.

وهكذا لو استأجر في اصطياد صيد ملكه المستأجر بإجارته وفعل، فعليه للأجير أجرته المسماة. وهكذا لو استأجرهم لإحياء موات، صحت الإجارة، وكان للإجراء فيما أحيوه الأجرة، وملك المستأجر الأرض بإحياء الأجير من غير أن يحصل للأجير ملك ينتقل عنه.

فصل: وإذا اشتركا أربعة في زراعة أرض، على أن تكون من أحدهم الأرض، ومن الآخر البذر، ومن الآخر بقر الحرث، ومن الآخر العمل: كانت شركة فاسدة، لأن الشركة إنما تصح فيما لا يتميز إذا خلط. فعلى هذا، يكون الزرع كله لصاحب البذر لأنه نماء ملكه، ويكون عليه أجرة مثل الأرض والبقر، لأنهم دخلوا على عوض فاسد.

فصل: فلو اشترك أربعة في طحن حنطة لرجل بأجرة مسماة، على أن يكون من أحدهم الرحا، ومن الآخر البغل، ومن الآخر البيت، ومن الآخر العمل: فالإجارة صحيحة، لأنها في ذممهم، والشركة فاسدة. فإذا طحنوا، فالأجرة بينهم أرباعاً، ولكل واحد من الأربعة أن يرجع على أصحابه بثلاثة أرباع أجرة ما كان من جهته. فيرجع صاحب الرحا على الثلاثة بثلاثة أرباع رحاه، وعلى كل واحد بالربع، والربع الآخر يقسط، لأنه في مقابلة ما حصل له من العمل. هكذا وصاحب البغل، وصاحب البيت، وصاحب العمل. ولو تولى أحدهم الإجارة لنفسه، كانت الأجرة كلها له، وعليه لكل واحد منهم جميع أجرة ما كان من جهته.

فصل: ولو اشترك ثلاثة في استقاء الماء وبيعه، ليكون من أحدهم البعير، ومن الآخر السقاء، والآخر عامل بدنه في سقي الماء.

فروي الربيع: أن ثمن الماء يكون لصاحبه الآخذ له، وعليه لصاحب البعير والسقاء أجرة مثل البعير والسقاء.

وروي البويطي: أن ثمن الماء يكون بينهم على الشركة أثلاثاً، ويكون لكل واحد من الثلاثة على صاحبه ثلثا أجرة ما كان من جهته. فاختلف أصحابنا في اختلاف هاتين الروايتين، فكان بعضهم يخرجها على قولين:

أحدهما: أن ثمن الماء يكون لصاحبه الآخذ له، كالشركاء في الزرع يكون الزرع بينهم لصاحب البذر.

والقول الثاني: أن يكون بينهم أثلاثاً على أصل الشركة، لأن الماء يصير كرأس مال تساووا فيه. وقال أبو العباس بن سريج: ليس ذلك على قولين، وإنمااختلاف النقلين محمول على اختلاف حالين، فرواية الربيع: أن ثمن الماء لآخذه، محموله على أنه قصد بالأخذ لنفسه. ورواية البويطي: أنه يكون بينهم أثلاثاً على الشركة، محمول على أنه قصد به الآخذ للشركة والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالشَّرِكَةُ الصَّحِيحَةُ أَنْ يَخْرِجَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دَنَانِير مِثْلَ دَنَانِير صَاحِبِهِ، وَيَخْلطَاهُمَا، فَيَكُونَانِ فِيهَا شَرِيكَيْنِ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وقد ذكرنا أن الشركة إنما تصح فيما يتخلط فلا يتميز. فعلى هذا، لا يجوز أن يخرج أحد الشريكين دراهم، والآخر دنانير. ولا يخرج أحدهما دنانير مغربية والآخر دنانير مشرقية. ولا أن يخرج أحدهما دنانير صحاحاً، والآخر دنانير مكسرة. ولا أن يخرج أحدهما دنانير صحاحاً، والآخر دراهم مكسرة. ولا أن يخرج أحدهما دراهم على ضرب سكة ونقش يخالفها دراهم الآخر في السكة والنقش، لأن هذا كله يتميز بعد خلطه.

وجوز أبو حنيفة الشركة في هذا كله، لأنه مال ناض، فلم تؤثر اختلاف أوصافه في الشركة به.

وهذا غير صحيح، لأن ما يتميز بعد خلطه لا تصح الشركة به كالعروض. فعلى هذا، لا تصح الشركة بالنقاد والسبائك لتميزها، وإنها تجري مجرى العروض لما يتوجه إليها من زيادة السعر ونقصه، حتى تكون الشركة في دراهم أو دنانير متفقة في النوع والصفة لا تخالف احداهما الأخرى بصفة تتميز بها. فإذا حصل وكان مالها مشتبهاً لا يتميز أحدهما

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٩.

على الآخر بشيء، فمن تمام الشركة أن يخلطا المالين، وما لم يخلطاه فهما غير شريكين فيه.

وقال أبو حنيفة: تصح الشركة، وإن كان مال كل واحد منهما منفرداً معه في كيس، ويشتريان معاً، ويدفع كل واحد منهما من دراهمه ثمن حصته.

وهذا الذي قاله إنما هو وعد بالشركة، ثم يستقر بالشراء ودفع الثمن. فأما أن تكون الشركة في المال، فلأن الشركة مأخوذة من الاشتراك والاختلاط، ومع تمييز المالين فلا تكون شركة ولا خلطة.

فصل: إذا كان لرجل على رجل ألف درهم ديناً، فقال صاحب الدين لمن هي عليه: اجعل الدين الذي لي عليك شركة بيني وبينك، تخرج من مالك ألفاً بإزائها، وتتجر بالألفين، ليكون الربح بيننا نصفين؛ لم تصح هذه الشركة لأنها شركة بدين، وشركة الدين فاسدة حتى يقبض صاحب الدين ماله، ويخرج الآخر مثله ويخلطاه، فيصيرا حينئذ شريكين، فتصح. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ اشْتَرَيَا فَلَا يَجُوزُ أَنْ يَبِيعَهُ أَحَدُهُمَا دُونَ صَاحِبِهِ، فَإِنْ جَعَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لِصَاحِبِهِ أَنْ يَتْجَرَ فِي ذَلِكَ كُلِّهِ بِمَا رَأَى مِنْ أَنْوَاعِ التِّجَارَاتِ، قَامَ فِي ذَلِكَ مَقَامَ صَاحِبِهِ، فَمَا رَبِحَا أَوْ خَسِرَا فَلَهُمَا وَعَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا خلط الشريكان مال الشركة، لم يجز لواحد منهما أن يتصرف في جميعه ويتجر فيه، إلا بإذن صاحبه.

وقال أبو العباس بن سريج: إذا خلطاه على الشركة، أو ابتاعا متاعاً للشركة، جاز أن يتصرف كل واحد منهما في جميعه، ولم يحتج للإذن اعتباراً بالعرف في موضوع اللفظ ومقصود الشركة وبه قال أبو حنيفة.

وهذا غير صحيح، لأن خلط المال لا يفيد أكثر من الشركة فيه، وحدوث الشركة في المال لا يوجب التصرف في جميعه، كما لو ورثا مالاً أو استوهباه. ولأن التصرف في ملك الغير بحق النيابة، إنما يكون وكالة، والوكالة لا تصح إلا بلفظ صريح كما لو أراد التصرف في مال غير مشترك. واستشهاد أبي العباس بالعرف باطل، لأن الشركة عقد، والعقود لا يقتنع فيها بالعرف دون التصريح باللفظ. فإذا ثبت هذا، فعقد الشركة يجري عليه حكم

(١) مختصر المزني: ص ١٠٩.

الوكالة في تصرف كل واحد منهما في مال صاحبه، وحكم الملك في تصرفه نفسه. وإذا كان كذلك، فلا يخلو حال الشريكين من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يأذن كل واحد منهما لصاحبه في التصرف والتجارة، فتصح من كل واحد منهما التجارة في جميع المال بالبيع والشراء، ثم الإذن على ضربين:

أحدهما: أن يكون إذناً عاماً فيما رأى من أنواع التجارات وصنوف الأمتعة، فيقتصر بالإذن على خصوصه، ثم ليس لواحد منهما مع خصوص الأذن وعمومه أن يسافر بالمال إلا بصريح الإذن لما في السفر من التغرير به، ولا أن يشارك غيره فيه، ولا أن يضاربه لما فيه من مجاوزة إذنه، وليس له أن يبيع النسيئة لأن فيه مخالفة لمطلق إذنه.

وجوز أبو حنيفة وذلك، وهذا خطأ لما بيناه من أن أحكام الوكيل فيه معتبرة، وتصرف الوكيل مقصور على ما تضمَّنه الإذن الصريح.

والحال الثانية: أن لا يأذن كل واحد منهما لصاحبه بالتصرف، فينتفي عن الشركة حكم الوكالة، ويصير تصرف كل واحد منهما مقصور على حصته على حسب ما يجوز التصرف في المال المشترك.

والحال الثالثة: أن يأذن أحدهما في التصرف ولا يأذن الآخر، فيكون للمأذون له أن يتصرف في جميع المال على حسب عموم الإذن وخصوصه، وليس للآخر أن يتصرف إلا في قدر حصته. كما يجوز التصرف في المال المشترك، فصار مجموع ما شرحنا أن عقد الشركة ينتظم على ثلاثة شروط:

أحدها: اتفاق الماليين في الجنس والصفة.

والثاني: خلط المالين حتى لا يتميز أحدهما عن الآخر.

والثالث: الإذن بالتصرف فيه.

فصل: فإذا بيع من مال الشركة عرض على رجل بألف درهم في ذمته، ثم إن أحد الشريكين قبض من المشتري حصته من الألف وذلك خمسمائة جاز، وكان لقابضها أن يختص بها، ويبطل من الشركة بقدرها، ويجوز للشريك الآخر أن يطالب المشتري بحصته وهو ما بقي من الثمن، فإن أعسر بها فلا رجوع لهذا الشريك على شريكه القابض، أو لا شيئاً مما كان قبضه.

وقال أبو حنيفة: ليس لواحد من الشريكين أن ينفرد بقبض شيء من حقه إلا وللآخر أن يشاركه فيه، فلو قبض شيئاً رجع عليه الشريك بنصفه. ولو كان الشريك القابض وهب ما قبضه، لم يكن للشريك الآخر أن يرجع على الموهوب له بشيء، وإن كان المال باقياً في يده ورجع على الشريك الواهب بمثل حصته فيما قبضه. وكل هذا عندنا فاسد، والقابض ملك لما قبضه إذا كان قابضاً له من حصته، وليس لشريكه عليه حجر، وما في الذمة موكول إلى خيار ذي الذمة في تقديم من شاء لحقه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَتَى فَسَخَ أَحَدُهُمَا الشَّرِكَةَ انْفَسَخَتْ، وَلَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِهِ أَنْ يَشْتَرِي وَلاَ يَبِيعَ حَتَّى يقْسِمَا)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. قد ذكرنا أن عقد الشركة يجري عليه في تصرف كل واحد منهما في حق شريكه حكم الوكالة، فيصير عقد الشركة من العقود الجائزة، دون العقود اللازمة.

فإذا فسخ أحدهما الشركة انفسخت، لأن العقود الجائزة لكل واحد من المتعاقدين فسخها. ومعنى قولنا: ان الشركة قد انفسخت، بمعنى: أن الإذن بالتصرف قد بطل؛ لأن المال المشترك قد تميز؛ ولأن تمييز المال المشترك لا يكون إلا بالقسمة، وليس لواحد منهما أن يتصرف في جميع المال ببيع أو غيره، ويجوز أن يتصرف في قدر حقه على الإشاعة، كما يجوز التصرف في المشاع.

فإن قيل: أليس للمضارب إذا فسخت عليه المضاربة جاز له البيع بعد الفسخ، فهلا جاز للشريك ذلك؟.

قلنا: الفرق بينهما: أن حق المضارب في الربح، وذلك لا يعلم إلا بالبيع، فجاز أن يبيع بعد الفسخ ليعلم قدر حقه من الربح. والشريك حقه في عين المال معلوم قبل البيع، فلم يجز أن يبيع بعد الفسخ.

فصل: إذا كان للشريكين بعد فسخ الشركة ديون من مال الشركة في ذمم شتى، فاقتسم الشريكان في الديون، وأخذ كل واحد منهما بحصته فيها بعض المتعاملين لم يجز، وكانت قسمة باطلة. لأن القسمة إنما تصح في الأعيان دون الذمم، واختار ذلك الحسن وإسحاق.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٩.

وليس بصحيح، لما ذكرنا ويكون ما على كل واحد منهما بينهما على أصل الشركة، فإذا نقص شيء منه اقتسماه، إلا أن يقدم من عليه الدين أحدهما بحقه فيصح ما لم يحجر عليه بديونه والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا انْفَسَخَتِ الشَّرِكَةُ وَقَاسَمَ وَصِيُّ المَيِّتِ شَرِيكَهُ فَإِنْ كَانَ الوَارِثُ بَالِغاً رَشِيداً فَأَحَبَّ أَنْ يُقِيمَ عَلَى مِثْلِ شَرِكَتِهِ كَأَبِيهِ، فَجَائِزٌ)[1].

قال الماوردي: وهو كما قال. إذا مات أحد الشريكين انفسخت الشركة، بمعنى: بطل الإذن بالتصرف، لأن العقود الجائزة تبطل بالموت كالوكالة. وإذا كان كذلك، فلا يخلو أن يكون على المتوفى ديون ووصايا، أو لا يكون عليه ديون ولا وصايا.

فإن لم يكن عليه ديون ولا وصايا، فلا يخلو حال الوارث من أن يكون جائز الأمر، أو غير جائز. فإن كان جائز الأمر بالبلوغ والرشد، فهو بالخيار في مال الشركة بين ثلاثة أشياء:

إما أن يقاسم عليها فتمتاز حصته، فيتصرف فيها، وإما أن يترك المال مشتركاً على حاله من غير أن يأذن للشريك بالتصرف فيه، وإما أن يقيم على الشركة ويأذن للشريك بالتصرف فيه فيصير شريكاً كما كان شريكاً لمورثه. فأي هذه الثلاثة فعل كان له ذلك، سواء فيه كان فيه الحظ أو في غيره. لأن من جاز أمره، نفذت عقوده. وإن لم يكن فيها حظ له، ويختار لهذا الوارث إذا أحب المقام على الشركة أن يعلم قدر المال الذي ورثة عن ميته قبل الإذن في التصرف فيه خوفاً من ظهور دين يتعلق بالشركة، فيعلم قدره ليمتاز عما ملكه الوارث من ربحها الذي لا يتعلق بالذي له، فإن لم يفعل جاز، لأن التخوف من ظهور الدين ملغيّ باعتبار الأصل في براءة الذمة.

فإن قيل: الشركة عقد، فكيف يصح مع الجهل بقدر المال المعقود عليه؟.

قيل: إنما يلزم العلم بقدر نصيب كل واحد من الشريكين من جملة المال من نصف أو ثلث أو ربع، ولا يلزم معرفة وزنه. ألا ترى لو أن رجلين اشتركا ووضع أحدهما دراهم في كفه ميزان، ووضع الآخر بإزائها واشتركا بها، واتجرا من غير أن يعلما وزنها، صحت الشركة للعلم بحصة كل واحد منهما من الجملة، كذلك الوارث في التركة؟.

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٩.

فصل: وإن كان الوارث غير جائز الأمر إما بصغر أو جنون أو سفه، فلوليه أن يفعل في مال الشركة أحظ الأمور الثلاثة للوارث. فإن كان أحظ الأمور له المقاسمة عليها، قاسم ولم يجز أن يستديم الشركة. وإن كان أحظها له أن يأذن بالتصرف، أذن ولم يجز أن يقاسم. وإن كان أحظها له أن يقيم على الاشتراك بالمال من غير قسمة، ولا أذن بالتصرف، فعل. فإن عدل عن الأحظ إلى ما ليس فيه حظ، كان فعله مردوداً والله أعلم.

فصل: فأما إن كان على المتوفى دين، فليس للوارث الرشيد، ولا لولي من ليس برشيد، أن يأذن للشريك بالتصرف في الشركة إلا بعد قضاء الدين كله، سواء كان فيما سوى الشركة وفي بالدين أم لا، لأن الدين متعلق بجميع التركة، وليس للوارث أن يتصرف في شيء منها إلا بعد قضاء جميع الدين.

وإن كان المتوفى قد وصى بوصيه في تركته، فإن كانت الوصية معينة في شيء من التركة غير الدين، جاز للوارث أن يتصرف في التركة، ويأذن للشريك بالتصرف فيها قبل وصول الوصية إلى أربابها، لأن العين الموصى بها أن بقيت فهي المستحقة في الوصية، وإن تلفت فالوصية قد بطلت؛ بخلاف الدين الذي لو بقي يسير من التركة صرف فيه.

وإن كانت الوصية بجزء شائع في جميع التركة، فلا يخلو أن يكون الموصى له معيناً، أو غير معين. فإن كان معيناً، صار بقبول الوصية شريكاً في مال الشركة، وكان له وللوارث الخيار في المقاسمة أو المقام على الشركة. وإن كان الموصى له غير معين، فعلى الوارث مقاسمة الشريك ليوصل حصة الشريك إلى من تتناولهم الوصية.

فصل: ولو جن أحد الشريكين أو حجر عليه بسفه، بطلت الشركة، وفعل وليّه أحظَّ الأمور له من القسمة، أو المقام على الشركة؛ لأن العقود الجائزة تبطل بالحجر. فإما الإغماء، فإن كان يسيراً لم يسقط معه فرض عبادة، كانت الشركة على حالها لأنه فرض قد يطرأ كثيراً وإن كثر الإغماء حتى أسقط فرض صلاة واحدة، بمرور وقتها، بطلت الشركة.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ اشْتَرَيَا عَبْداً وَقَبَضَاهُ فَأَصَابَا بِهِ عَيْباً فَأَرَادَ أَحَدُهُمَا الرَّدَّ، وَالآخَرُ الإِمْسَاكَ (قال الشافعي): ذَلِكَ جَائِزٌ، لأَنَّ مَعْقُولاً أَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا اشْتَرَى نِصْفَهُ بِنِصْفِ الثَّمَنِ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٩.

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة في كتاب البيوع، وذكرنا: أن الشريكين في العبد إذا باعاه صفقة من رجل فوجد به عيباً، فله رد جميعه عليهما، وله رد نصفه على أحدهما، وهذا مما وافق عليه أبو حنيفة.

فأما إن اشترى الرجلان عبداً بينهما صفقة من رجل، ثم وجداه معيباً، فلهما رد جميعه على بائعه ولأحدهما رد نصفه دون شريكه. ومنع أبو حنيفة أن يرد أحد الشريكين إلا مع شريكه، وقد مضى الكلام معه.

فصل: فأما إذا كان أحد المشتريين قد انفرد بعقد الشراء بوكالة صاحبه، ثم وجداه معيباً، فلا يخلو حال المتولي للشراء حين العقد من: أن يكون قد ذكر للبائع أنه يشتريه شركة بينه وبين غيره، أو لم يذكره؛ فليس لأحدهما أن ينفرد برد النصف حتى يرد جميعه، أو يمسكاه جميعه، لأن المشتري واحد، فكانت الصفقة واحدة. وإن ذكر أن الشراء بينه وبين شريكه، فهل لأحدهما أن ينفرد بالرد أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: له ذلك، لأن ذكر ذلك كالمباشرة.

والوجه الثاني: وقول أبي إسحاق المروزي: ليس له ذلك إلا أن يجتمعا على الرد، لأن ذلك يوجب تفريق الصفقة، بخلاف المباشرة. ألا ترى أنه لو أنكر المذكور أنه أمره بالشراء، كانت الصفقة كلها لازمة لمتولي الشراء، ولو كانت صفقتين لتفرقت.

فصل: فلو كان العبد بين رجلين، فوكل أحدهما صاحبه في البيع فباعه، ثم وجد المشتري به عيباً فأراد رد نصفه على أحدهما، نظر: فإن كان متولي البيع ذكر للمشتري أنه شريك، فله أن ينفرد برد نصفه على أحدهما، وإن لم يذكر له أنه شريكه فعلى وجهين:

أحدهما: لا يجوز أن يفرق الصفقة برد النصف حتى يرد جميعه إن شاء، لأن متولي العقد واحد، فصارت الصفقة به واحدة.

والثاني: له أن ينفرد برد النصف على أيهما شاء، لأن افتراق الملك من جهة البائع يوجب تفريق الصفقة. ألا ترى أنه لو أنكر الإذن لتفرقت الصفقة وصح العقد في حصة المتولي للعقد دون المدعي عليه الإذن؟.

فصل: وإذا كان لرجل عبد رومي ولآخر عبد تركي، فوكل كل واحد منهما زيداً في بيع عبده، فباع الوكيل العبدين صفقة واحدة لرجل بألف، ولم يميز ثمن كل واحد منهما، فقد

ذكر الشافعي فيمن تزوج أربعة نسوة في عقد على صداق بألف ولم يذكر قسط مهر كل واحدة منهن قولين:

أحدهما: أن الصداق باطل ولكل واحدة منهن مهر مثلها.

والثاني: أنه جائز، وتقسط الألف بينهن على قدر مهور أمثالهن. فاختلف أصحابنا في مسألة البيع، فكان ابن سريج يسوي بينهما ويخرج بيع العبدين بالثمن الواحد على قولين كالصداق:

أحدهما: أن البيع فيها باطل، للجهل بثمن كل واحد منهما.

والثاني: جائز، ويقسط الألف على قيمة العبدين، لأن ثمن كل واحد منهما قد يصير معلوماً بعقد العقد.

وكان أبو إسحاق المروزي يبطل بيع العبدين للرجلين بالثمن الواحد قولاً واحداً وإن كان للصداق على قولين، ويفرق بينهما: بأن الصداق بيع لعقد النكاح الذي لم يكن للاجتماع تأثير في فساده، فكان الصداق بمثابته. وليس كذلك البيع، لأن الثمن فيه هو المقصود، والجهالة به تمنع من صحته.

فإذا قيل: بصحة البيع على ما ذكرنا من تخريج ابن سريج، كانت الألف مقسطة على قيمة العبدين. وهكذا لو كان المجموع في العقد عبداً أو ثوباً، فيتصرف كل واحد من البائعين في الألف بالقسط من قيمة عبده.

وإذا قلنا: إن البيع باطل، فإن صدق المشتري على ذلك، أو قامت بيِّنة، استرجع كل واحد منهما عبده. ولو أنكر المشتري أن يكون العبدين إلا لمن باعه، فالقول قوله مع يمينه؛ لأن قول البائع بعد البيع أنه غيرَ مالك للمبيع غير مقبول. فإذا حلف المشتري، كان البيع في الظاهر صحيحاً، وإن كان في الباطن فاسداً، ثم قد أحيل بين كل واحد من المالكين وبين عبده، فله أن يأخذ قيمته. فإن كانت الألف بإزاء قيمة العبدين، اقتسماها على القيمة. وإن كانت أقل، فهي مقسطة بينهما. وإن كانت أكثر، لم يكن لهما في الزيادة حق، وليس للمشتري استرجاعها لاعترافه بصحة البيع، وإنها مملوكة عليه في ثمن العبدين؛ ولكن تقدر في يد البائعين، أو تدفع إلى الحاكم ليحفظها إلى أن يقع التصادق، أو تقوم البينة بحقيقة الأمر والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَو اشْتَرَى أَحَدُهُمَا بِمَا لاَ يَتَغَابَنُ النَّاسُ

بِمِثْلِهِ، كَانَ مَا اشْتَرَى لَهُ دُونَ صَاحِبِهِ. وَلَوْ أَجَازَهُ شَرِيكَهُ مَا جَازَ، لأَنَّ شِرَاءَهُ كَانَ عَلَى غَيْرِ مَا يَجُوزُ عَلَيْهِ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. قد ذكرنا أن الشريك في حق شريكه جار مجرى الوكيل والغبن اليسير الذي جرت عادة الناس أن يتغابنوا بمثله، معفو عنه في عقده، لأن الاحتراز منه متعذر. فأما ما لا يتغابن الناس بمثله، فغير معفو عنه في بيع الوكيل والشريك، وكل نائب عن غيره من وصي وأمين. فإذا اشترى الشريك بما لا يتغابن الناس بمثله، لم يخل الشراء من أن يكون بغير المال، أو في ذمته.

فإن كان الشراء في ذمته، كان لازماً له دون شريكه. وإن كان الشراء بغير المال، كان الشراء في حق شريكه باطلاً لخروجه عن موجب الإذن، سواء أجازه الشريك أو لم يجزه؛ لأن العقد إذا وقع فاسداً لم يصح بالإجازة. فأما الشراء في حصة العاقد، فعلى قولين من تفريق الصفقة:

أحدهما: باطل، والشركة في المال على حالها.

والثاني: جائز. فعلى هذا، تبطل الشركة في قدر ثمن النصف ليميزه عن المال المشترك، وتكون الشركة فيما سواه باقية.

فصل: فأما إذا باع أحد الشريكين شيئاً من مال الشركة مما لا يتغابن الناس بمثله، كان البيع في حصة الشريك الآخر باطلاً لا تصح بإجازته، وهل يبطل في حصة البائع؟ على قولين:

أحدهما: قد بطلت، والشركة فيه على حالها.

والثاني: أن البيع يصح في حصته، وتبطل الشركة فيها لا غير، ولا يكون الشريك ضامناً لحصة شريكه بالعقد. فإن سلم ضمنها بالتسليم، ولو كان مودعاً تُباع.

قال أبو إسحاق: ضمن بالعقد وفرق بينهما، بأن المودع غير مأذون له في البيع فلم يعتد به، فكان بيعه تعدياً. وهذا عندي ليس بشيء، لأن الشريك غير مأذون له في بيع الغبية كالمودع. ولو كان مأذوناً فيه، لزم المالك، فصار هو والمودع سواء في أن لا يلزمهما الضمان عندي إلا بالتسليم؛ لأن فساد العقد يرفع حكم لفظه، وإنما يختلفان في ضمانها

(١) مختصر المزني: ص ١٠٩.

بالتغلب لا بالعقد. والمودع يضمن بإخراجها من الحرز لتقليب المشتري لها، والشريك لا يضمن. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَأَيُّهُمَا أَدَّعى فِي يَدَيْ صَاحِبِهِ مِنْ شَرِكَتِهِمَا شَيْئاً فَهُوَ مُدَّعٍ، وَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ، وَعَلَى صَاحِبِهِ اليَمِينُ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا كان في يد أحد الشريكين مال وادعى صاحبه أن ما في يده من هذا المال هو من مال الشركة، وادعاه صاحب اليد ملكاً لنفسه، فالقول فيه قول صاحب اليد مع يمينه، إلا أن يقيم المدعي بينة لأن الشركة لا ترفع حكم اليد في ثبوت الملك بها.

وهكذا لو اشترى أحد الشريكين عبداً في ثمنه غبطه، فادعى الشريك الآخر أنه اشتراه في الشركة، وادعى مشتريه إنه اشتراه لنفسه لا في الشركة، فالقول قول متولي الشراء مع يمينه، لأن له أن يشتري لنفسه، وإن كان شريكاً لغيره. ولو اشترى عبداً حدث به نقص، فذكر أنه اشتراه في الشركة، وأنكر الآخر أن يكون الذي اشتراه إلا لنفسه، فالقول فيه قول المشتري مع يمينه، ويكون العبد في مال الشركة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَأَيُّهُمَا ادَّعَى خِيَانَةَ صَاحِبِهِ فَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ)[٢].

قال الماوردي: أما دعواه الخيانة فغير مقنعة حتى يصفها بما يصير خائناً بها، ثم يذكر قدرها فتتم دعواهما. فإن فعل ذلك وأنكر المدعي عليه، فالقول قوله مع يمينه، إلا أن يقيم مدعي الخيانة بيّنةً بما يدعيه لأنه أمين، ولأنه بريء الذمة والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَأَيُّهُمَا زَعَمَ أَنَّ المَالَ قَدْ تَلَفَ فَهُوَ أَمِينٌ وَعَلَيْهِ اليَمِينُ)[٣].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ذكر أحد الشريكين أن مال الشركة قد تلف بسبب وصفه أو لم يصفه، فالقول قوله مع يمينه إذا كان ما ادعاه من التلف ممكناً، لأنه أمين، فشابه المودع والوكيل. فإن ذكر تلفه في يوم من شهر بعينه، وحلف عليه، ثم شهد شاهدان أنهما رأيا ذلك المال في يده بعينه بعد ذلك اليوم الذي ادعى تلفه فيه، ففيه وجهان:

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٩.

(٢) مختصر المزني: ص ١٠٩.

(٣) مختصر المزني: ص ١٠٩.

أحدهما: أن يمينه السالفة قد بطلت بهذه البينة الحادثة، ويلزم غرم المال المشهود به، لأن البينة العادلة أولى من يمينه.

والوجه الثاني: وبه قال أبو الفياض: إن يمينه لا تبطل، ولكن يسأل عن ذلك اليوم، فإن ذكره مع يمينه الماضية لم يغرم، وإن لم يبيِّن غرم، وعلى الوجه الأول: يغرم بالبينة ولا يسأل.

فصل: وإذا اشترى الشريكان سلعة وقبضاها فتلفت، كان التلف من مالهما، والثمن دين عليهما. فإن دفعا الثمن من مال الشركة، بطلت الشركة في قدر الثمن المدفوع من ثمنها. ولو تلف الثمن أيضاً منهما قبل دفعه في ثمن السلعة التالفة، كان الثمن ديناً في ذمتهما، وللبائع أن يأخذ كل واحد منهما بحصته، وليس له أن يأخذ بجميع الثمن إلا أن يكون ضامناً عن صاحبه.

ولكن لو كان أحدهما قد تولى الشراء دون صاحبه، فللبائع أن يأخذ بجميع الثمن لتفرده بالعقد. فإذا أخذه منه، نظر: فإن أداه من مال الشركة جاز، ولا رجوع. وإن أداه من مال نفسه، نظر: فإن فعل ذلك لأنه لم ينض من مال الشركة ما يؤدي في ذلك الثمن، كان له الرجوع على شريكه بحصته منه. وإن فعل ذلك مع وجوده ناضّاً في مال الشركة ففي رجوعه على شريكه وجهان:

أحدهما: يرجع عليه بالنصف منه، لأنه من موجبات الشركة.

والوجه الثاني: أنه لا يرجع، لأن موجب الشركة أن يؤديه من مالها، فصار عدوله عنه إلى مال نفسه تطوعاً منه، فلم يرجع به على شريكه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَأَمَرَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ بَيْعَهُ، فَبَاعَهُ مِنْ رَجُلٍ بِأَلْفِ دِرْهَمٍ، فَأَقَرَّ الشَّرِيكُ الَّذِي لَمْ يَبِعْ أَنَّ البَائِعَ قَدْ قَبَضَ الثَّمَنَ، وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الْبَائِعُ وَادَّعَاهُ المُشْتَرِي، فَإِنَّ المُشْتَرِي يَبْرَأُ مِنْ نِصْفِ الثَّمَنِ وَهُوَ حِصَّةُ المُقِرِّ، وَيَأْخُذُ البَائِعُ نِصْفَ الثَّمَنِ مِنَ المُشْتَرِي، فَيَسْلَّمَ لَهُ وَيَحْلِفُ لِشَرِيكِهِ مَا قَبَضَ مَا ادَّعَى، فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ صَاحِبُهُ وَاسْتَحَقَّ الدَّعْوَى)[1].

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة: في عبد بين شريكين، أذن أحدهما لصاحبه في

(١) مختصر المزني: ص ١٠٩.

بيعه، فباعه المأذون له على رجل بألف درهم، ثم إن المشتري ادعى على البائع أنه سلم إليه الألف الثمن، وأنكرها البائع وصدقه عليها الشريك الذي لم يبع، فقد برىء المشتري بتصديق الشريك الذي لم يبع من حصته خمسمائة درهم، لأنه معترف بقبض وكيله لها، ثم القول قول الشريك البائع مع يمينه أنه لم يقبض. فإذا حلف، فله أن يرجع على المشتري بحصته وهي خمسمائة درهم يختص بها، ويحلف لشريكه بالله أنه ما قبض حصته من المشتري، لأن قول الشريك الذي لم يبع قد تضمن إقراراً على نفسه ودعوى على شريكه، فكان إقراره على نفسه مقبولاً في براءة المشتري في حقه، وادعاؤه على شريكه غير مقبول في الرجوع عليه بحصته.

فإن قيل: ما قبضه البائع بعد يمينه يقتضي أن يكون مقسوماً بين الشريكين، لأنه مقبوض من ثمن عبد مشترك بينهما لم يقتسما عليه قبل ما قبضه البائع حق له لا يجوز لشريكه أن يقاسمه عليه. واختلف أصحابنا في تعليل ذلك:

فكان أبو إسحاق المروزي يقول: العلة فيه، أن الذي لم يبع بتصديق المشتري مقرٌّ بأن البائع ظالم فيما يأخذه، فلم يجز أن يشاركه فيما يقر بأنه ظالم غير مستحق.

وكان أبو الفياض وطائفة من البصريين يقولون: العلة فيه أن الذي لم يبع، لما أبرأ المشتري بتصديقه صار كالقابض لحقه، فكان ذلك منه فسخا للشركة، فلم يبق له في المقبوض حق يقاسم عليه. فلو كان المشتري أقام على البائع بينه بدفع الثمن إليه، برىء من جميعه بالبينة، وكان للشريك الذي لم يبع أن يرجع على البائع بحصته ببينة المشتري، من غير استئناف لها، لأنه قد ثبت بها على البائع قبض الثمن كله.

فلو شهد على البائع شريكه الذي لم يبع ليحلف المشتري معه، ففي قبول شهادته قولان مبنيان على اختلاف قوليه في تبعيض الشهادة: إذا رد بعضها، هل يوجب ذلك رد باقيها؟ لأن شهادته مردودة في حصة نفسه، فلو عدم المشتري البينة ونكل البائع عن اليمين، فردت على المشتري فحلف، برىء من الثمن كله، وكان الذي لم يبع أن يرجع على البائع بحصته يمين المشتري وحده، لأن اليمين بعد النكول: إما أن تجري مجرى البينة، أو مجرى الإقرار. وكل واحد منهما، يثبت الرجوع والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (كَانَ الشَّرِيكُ الَّذِي بَاعَ هُوَ الَّذِي أَقَرَّ بِأَنَّ شَرِيكَهُ الَّذِي لَمْ يَبِعْ قَبَضَ مِنَ المُشْتَرِي جَمِيعَ الثَّمَنِ، وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الَّذِي لَمْ يَبِعْ، وَادَّعَى ذَلِكَ

المُشْتَرِي، فَإِنَّ المُشْتَرِي يَبْرَأُ مِنْ نِصْفِ الثَّمَنِ بِإِقْرَارِ البَائِع أَنَّ شَرِيكَهُ قَدْ قَبَضَ، لأَنَّهُ فِي ذَلِكَ أَمِينٌ، وَيَرْجِعُ البَائِعُ عَلَى المُشْتَرِي بِالنِّصْفِ البَاقِي فَيُشَارِكُهُ فِيهِ الفصل)(١).

قال الماوردي: وصورتها كالمسألة الأولى في العبد المشترك إذا باعه أحد الشريكين بإذن صاحبه، إلا أن المشتري في هذه المسألة يدعى تسليم الثمن إلى الشريك الذي لم يبع، ويصدقه عليه الشريك الذي باع، وينكر من لم يبع أن يكون قبض الثمن، فلا يخلو حال الذي لم يبع من أن يكون مأذوناً له إذن أحد الشريكين لصاحبه أم لا.

فإن كان مأذوناً له، أذن كل واحد منهما لصاحبه، فالجواب فيه ما مضى في المسألة الأولى من براءة المشتري من نصف الثمن بتصديق البائع أن شريكه النائب عنه قبض الثمن منه، ويكون القول قول من لم يبع مع يمينه بالله أنه ما قبض، وله الرجوع على المشتري بحصته على ما وصفنا من قبل سواء.

وإن كان غير مأذون له في القبض، فالقول قوله مع يمينه بالله أنه لم يقبض، ثم لا يبرأ المشتري من شيء، لأن البائع وإن صدقه على تسليم حقه إلى شريكه فقد سلمه إلى غير مستحقه، ثم قد بطلت وكالة البائع في حق الذي لم يبع، لأن إقراره عليه بالقبض يتضمن إبطال وكالته فيه، وعلى المشتري أن يسوق إليهما ألفاً: خمسمائة إلى البائع، وخمسمائة إلى الذي لم يبع. فإن ابتدأ ودفع إلى الذي لم يبع خمسمائة، لم يكن للبائع أن يشاركه فيها، لأنه يقر بأن المشتري مظلوم بها. وإن بدأ المشتري ودفع إلى البائع خمسمائة، كان للذي لم يبع أن يشاركه فيها إن شاء، وله أن لا شاركه فيها ويرجع على المشتري بكل حصة إن شاء. فإن أحب أن يرجع على المشتري كان له ذلك، ويكون المشتري دافعاً الألف: خمسمائة منها إلى البائع، وخمسمائة إلى الذي لم يبع. وإن أحب أن يشاركه البائع فيما أخذ، فذلك له، لأن المال مشترك لم يقتسما عليه، والبائع غير مصدق على شريكه في إبطال الشركة فيه.

فإذا أخذ من البائع نصف ما أخذه وذلك مائتان وخمسون، فله أن يستوفي من المشتري تمام حقه وذلك مائتان وخمسون تمام خمسمائة، وليس للبائع بعد رجوع شريكه

---

(١) مختصر المزني: ص ١٠٩. وتتمة الفصل: صاحبه، لأنه لا يصدّق على حصّة من الشركة تسلّم إليه، إنما يصدق في أن لا يضمن شيئاً لصاحبه، فأمّا أن يكون في يديه بعض مالٍ بينهما فيدَّعي على شريكه مقاسمة يملك بها هذا البعض خاصةً، فلا يجوز ويحلف لشريكه، فإن نكل حلف شريكه، واستحق دعواه.

عليه بنصف ما أخذه أن يرجع على المشتري به، لأنه مقر باستيفاء ما عليه. وإن لم يأخذ منه بعد ذلك، يحكم فيصير المشتري غارماً لسبعمائة وخمسين، منها: خمسمائة دفعها إلى البائع فشاركه فيها الذي لم يبع، ومائتان وخمسون دفعها إلى الذي لم يبع. فلو أراد المشتري أن يستشهد بالبائع على الذي لم يبع، كانت شهادته مردودة عليه، لأنه فيها متَّهم بما يدفع عن نفسه من رجوع شريكه عليه بما يأخذه.

فصل: فأما المزني فإنه نقل في هذه المسألة: أن المشتري إن صدق البائع في دفع الألف إلى الذي لم يبع، أنه يبرأ من خمسمائة كالمسألة الأولى. فاختلف أصحابنا في نقله عن هذا الجواب:

فكان أبو إسحاق المروزي ينسبه إلى الغلط، وأنه نقل جواب محمد بن الحسن فيها، لأن من مذهبه أن إقرار الوكيل على موكله مقبول، ولا يجيء هذا الجواب على مذهب الشافعي، لأن إقرار الوكيل على موكله غير مقبول، فكان ذلك غلطاً من المزني وسهواً.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: النقل صحيح، والجواب مستقيم، وتأويله: أن المشتري يبرأ من خمسمائة في مطالبة البائع بها لبطلان وكالته فيها، ولا يبرأ منها في حق من لم يبع، فكان جوابه في براءة المشتري محمولاً على هذا التأويل. والذي عندي: أن نقل المزني صحيح، وأن براءة المشتري من النصف براءة تامة، غير أن مسألة المزني محمولة على الشريكين المأذون لكل واحد منهما من صاحبه، فيبرأ المشتري بإقرار كل واحد من الشريكين على صاحبه بالقبض، سواء كان بائعاً أو غير بائع. فإذا أمكن حمل جوابه على الصحة، فلا وجه لتخطئته فيه كما فعل أبو إسحاق، وإن أمكن إبراء المشتري منها، فلا وجه لحمله على إبطال الوكالة فيها كما نقل ابن أبي هريرة والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا كَانَ العَبْدُ بَيْنَ رَجُلَيْنِ، فَغَصَبَ رَجُلٌ حِصَّةَ أَحَدِهِمَا، ثُمَّ إِنَّ الغَاصِبَ وَالشَّرِيكَ الآخَرَ بَاعَا العَبْدَ مِنْ رَجُلٍ، فَالْبَيْعُ جَائِزٌ فِي نَصِيبَ الشَّرِيكِ البَائِعِ، وَلاَ يَجُوزُ بَيْعُ الغَاصِبِ وَلَوْ أَجَازَهُ المَغْصُوبِ لَم يَجُزْ إِلاَّ بِتَجْدِيدِ بَيْعٍ فِي مَعْنَى قَوْلِ الشَّافِعِيِّ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقِ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا كان عبد مشترك بين نفسين، غصب رجل حصة

(١) مختصر المزني: ص ١٠٩.

أحدهما، ثم اتفق الغاصب والشريك الآخر على بيع العبد صفقة على رجل، كان البيع في الحصة المغصوبة باطلاً، لأنه باعها فيمن لا يستحق بيعها بملك ولا نيابة. فلو أجازها المالك، لم يصح البيع فيها إلا بتجديد عقد عليها، لأن العقد إذا وقع فاسداً لم يصح إلا بالإجازة.

وأما البيع في حصة الشريك الآخر فجائز قولاً واحداً، ولا يخرج على تفريق الصفقة، لأن العقد من الاثنين في حكم العقد بين المنفردين. وإذا انفرد العقد، إن لم يكن فساد أحدهما موجباً لفساد الآخر، ولكن لو أن الغاصب وكل الشريك في بيعة فانفرد الشريك في بيعه، أو كان الشريك قد وكل الغاصب في بيع حصته فانفرد الغاصب ببيع جميعه، كان البيع في الحصة المغصوبة باطلاً. وهل يبطل في حصة الشريك المملوكة؟ على قولين من تفريق الصفقة والله أعلم بالصواب.

كِتَابُ الوِكَالَةِ

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَابْتَلُوا اليَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً﴾ الفصل إلى قول المزني:)(١).

قال الماوردي: وهذا صحيح. والأصل في جواز الوكالة. الكتاب، والسنة، والوفاق، والعبرة.

فأما الكتاب فهو ما استشهد به المزني من الآيتين، وهو قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا اليَتَامَى﴾(٢).

والثانية: قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾(٣) ووجه الدلالة منها: أنه لما جاز نظر الأولياء، ونظرهم إنما يكون بتوصية أب أو تولية حاكم وهما لا يملكان، كان توكيل المالك في ملكه أجوز.

ومنه قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى المَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ وَلْيَتَلَطَّفْ﴾(٤) فلما أضاف الورق إلى جميعهم رجل لهم استنابة أحدهم، دل على جواز الوكالة. وصحة الاستنابة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٠ والأم ٣/ ٢٣٣ وتتمة الفصل الآية، فأمر بحفظ أموالهم حتى يؤنس منهم الرشد وهو عند الشافعي أن يكون بعد البلوغ مصلحاً لماله عدلاً في دينه وقال تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَوْ لاَ يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالعَدْلِ﴾ ووليه عند الشافعي هو القيم بماله (قال المزني) فإذا جاز أن يقوم بماله بتوصية أبيه بذلك إليه وأبوه غير مالك كان أن يقوم فيه بتوكيل مالكه أجوز وقد وكل علي بن أبي طالب رضي الله عنه عقيلاً (قال المزني): وذكر عنه أنه قال: هذا عقيل ما قضي عليه فعلي، وما قضي له فلي. قال الشافعي: ولا أحسبه كان يوكله إلا عند عمر بن الخطاب، ولعله عند أبي بكر رضي الله عنهما، ووكل أيضاً عنه عبد الله بن جعفر عند عثمان بن عفان رضي الله عنه وعلي حاضر فقبل ذلك عثمان».

(٢) سورة النساء، الآية: ٦.

(٣) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٤) سورة الكهف، الآية: ١٩.

وفي قوله تعالى: ﴿فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَاماً﴾[١] ثلاثة تأويلات:

أحدها: أنها أكثر طعاماً، وهذا قول عكرمة.

والثاني: أنها أحل طعاماً، وهذا قول سعيد بن جبير.

والثالث: أنها خير طعاماً، وهذا قول قتادة.

وفي قوله: ﴿فليتلطف﴾[٢] تأويلان:

أحدهما: فليسترخص.

والثاني: وليتلطف في إخفاء أمركم، فلا يشعرن بكم أحداً.

ومنه قوله تعالى حكاية عن قول يوسف للعزيز: ﴿اجْعَلْنِي عَلَى خَزَائِنِ الأَرْضِ إِنِّي حَفِيظٌ عَلِيمٌ﴾[٣] أي: وكلني على خزائن الأرض.

ومنه قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا حَكَماً مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَماً مِنْ أَهْلِهَا﴾[٤] والحكم: وكيل.

وأما السنة، فما رواه قتادة، عن الحسن، عن عقبة بن عامر أن رسول الله ﷺ قال: «إِذَا نَكَحَ الْوَلِيَّانِ فَالأَوَّلُ أَحَقُّ، وإِذَا بَاعَ المِجيزَانِ فَالأَوَّلُ أَحَقُّ»[٥]. قال الشافعي: فيه دلالة على أن الوكالة في النكاح والبيع جائزة.

وروى شبيب بن عروة، عن الحسن، عن عروة البارقي قال: أَعْطَاهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ دِينَاراً لِيَشْتَرِي بِهِ أُضْحِيَةً، فَاشْتَرَى شَاتَيْنِ وَبَاعَ إِحْدَاهُمَا بِدِينَارٍ وَأَتَاهُ بِشَاةٍ وَدِينَارٍ، فَدَعَا لَهُ بِالْبَرَكَةِ فِي بَيْعِهِ، فَكَانَ لَوْ اشْتَرَى تُرَاباً لَرَبِحَ فِيهِ[٦].

---

(١) سورة الكهف، الآية: ١٩.

(٢) سورة الكهف، الآية: ١٩.

(٣) سورة يوسف، الآية: ٥٥.

(٤) سورة النساء، الآية: ٣٥.

(٥) حديث عقبة بن عامر: أخرجه الترمذي في النكاح (١١١٠) من طريق قتادة، عن الحسن، عن سمرة بن جندب بلفظ «أيما امرأة زوَّجها وليان فهي للأول منها، ومن باع بيعاً من رجلين فهو للأول منها، وقال: هذا حديث حسن. وأخرجه أبو داود (٢٠٨٨) والنسائي ٧/ ٣١٤ وابن ماجة (٢١٩٠) والدارمي ٢/ ٣٩ والبيهقي ٧/ ١٣٩ وأحمد ٧/ ١٣٩ وصححه الحاكم ٢/ ١٧٥ من عدة طرق وقال: كلها صحيحة على شرط البخاري ولم يخرجاه ووافقه الذهبي.

(٦) حديث عروة البارقي: أخرجه البخاري في المناقب (٣٦٤٢) والترمذي (١٢٥٨) وأبو دود (٣٣٨٥) وابن ماجة (٢٤٠٢) وأحمد ٤/ ٣٧٦ والبغوي (٢١٥١) وقال: وفي الحديث دلالة على جواز التوكيل في المعاملات، وفي كل ما تجري فيه النيابة.

وروى أبو الحصين عن شيخ من أهل المدينة، عن حكيم بن حزام أن رسول الله ﷺ بَعَثَ مَعَهُ بِدِينَارٍ لِيَشْتَرِي لَهُ أُضْحِيَةً فاشْتَرَاهَا بِدِينَارٍ وَبَاعَهَا بِدِينَارَيْنِ، فَرَجَعَ فَاشْتَرَى أُضْحِيَةً بِدِينَارٍ، وَجَاءَ بِدِينَارٍ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ فَتَصَدَّقَ بِهِ، ودَعَا لَهُ أَنْ يُبَارِكَ لَهُ فِي تِجَارَتِهِ[١].

وروي أبو نعيم وهب بن كيسان، عن جابر قال: أردت الخروج إلى خيبر فأتيتُ النبي ﷺ وقلت: إني أريد الخروج إلى خيبر فقال: إِذَا أَتَيْتَ وَكِيلِي فَخُذْ مِنْهُ خَمْسَةَ عَشَرَ وَسْقاً، فَإِنِ ابْتَغَى مِنْكَ آية فَضَعْ يَدَكَ عَلَى تِرْقُوته[٢].

وروي أن رسول الله ﷺ وكَّل أبا رافع في تزويج ميمونة بنت الحارث[٣]، ووكل عمرو بن أميّة الضمري في تزويج أم حبيبة بنت أبي سفيان.

وروي أن علي بن أبي طالب عليه السلام وكَّل أخاه عقيلاً وقال: «إن للخصومات قحماً، وإنها لتخلف، وإن الشيطان يحضرها، وإني إن حضرت خفت أن أغضب وإن غضبت خفت ألا أقول حقاً، وقد وكلت أخي عقيلاً فما قضي عليه فعليَّ وما قضي له فلي»[٤]. قال الشافعي: ولا أحسبه كان توكيله إلا عند عمر بن الخطاب، ولعل عند أبي بكر الصديق.

وروي أن علياً رضي الله عنه: وكّل عبد الله بن جعفر عند عثمان لما كبر عقيل في شرب كان ينازع طلحة بن عبيد الله، فركب عثمان في نفر من الصحابة رضي الله عنهم إلى الموضع الذي كانا يتحاكمان فيه، حتى أصلح بينهما في الشرب، فصار هذا إجماعاً منهم على جواز الوكالة.

ولأن الوكالة معونة، إما لمن أحب صيانة نفسه عن البذلة فيها، وإما لمن عجز عن القيام بها، وكلا الأمرين مباح، وحاجة الناس إليه أشد ماسّة.

فصل: فإذا ثبت جواز الوكالة، فالوكالة في اللغة اسم ينطلق على الحفظ والمراعاة لما على الوكيل من حفظ ما وكل فيه. ومنه قوله تعالى: ﴿أَم مَّن يَكُونُ عَلَيْهِمْ وَكِيلاً﴾[٥] أي: حفيظاً.

(١) حديث حكيم بن حزام: أخرجه أبو داود (٣٣٨٦).

(٢) حديث جابر: أخرجه أبو داود في الأقضية (٣٦٣٢) والبيهقي ٦/ ٨٠ والدارقطني ٤/ ١٥٤. وإسناد أبي داود حسن.

(٣) تقدم في الحج حديث أبي رافع: «وأنه كان الرسول بينهما».

(٤) أخرجه البيهقي ٦/ ٨١، والأم ٣/ ٢٣٣.

(٥) سورة النساء، الآية: ٣٩.

وقال تعالى: ﴿حَسْبُنَا اللَّهُ وَنِعْمَ الْوَكِيلُ﴾ (١) أي: الحفيظ. ولأن الوكالة في الشرع، إنما هي إقامة الوكيل مقام موكله في العمل المأذون فيه.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَلِلنَّاسِ أَنْ يُوكِّلُوا فِي أَمْوَالِهِمْ وَطَلَبِ حُقُوقِهِمْ وَخُصُومَاتِهِمْ، وَيُوصُوا بِتَرَكَاتِهِمْ)(٢).

قال الماوردي: وهذا صحيح. وجملة الوكالة أنها لا تتم إلا بثلاثة أشياء: بموكل، ووكيل، وموكل فيه. فبدأ المزني بما يصح فيه التوكل، فيبدأ بتفضيله، ثم يذكر الفصلين الآخرين بعده، حيث ذكر.

وجملة الأعمال أنها تنقسم أربعة أقسام:

قسم: يجوز فيه التوكيل مع العجز والقدرة.

وقسم: لا يجوز التوكيل فيه مع العجز والقدرة.

وقسم: يجوز التوكيل فيه مع العجز، ولا يجوز مع القدرة.

وقسم: لا يجوز التوكيل فيه مع القدرة، واختلفوا في جواز التوكيل فيه مع العجز.

فأما القسم الأول: وهو ما يجوز التوكيل فيه مع القدرة والعجز، فهو ما كان من حقوق الأموال، أو ما يجري مجرى الأموال:

فأما حقوق الأموال، فمنها ما كان من حقوق الله تعالى: كالزكوات والكفارات، يجوز التوكيل في إخراجها، وتفرقتها. ومنها ما كان من حقوق الآدميين، فتارة تكون عقداً كالبيع والإجارة، وتارة تكون نقداً كالقرض والحوالة، وتارة تكون رفقاً كالعارية، والوديعة، وتارة تكون تركاً كالابراء والمسامحة، وتارة تكون أخذاً كالقبض والمطالبة، وتارة تكون فضلاً كالشركة والمضاربة، وتارة تكون عملاً كالبناء والعمارة. فحقوق الأموال تتنوع على هذه الأحوال السبع والتوكيل في جميعها جائز.

وأما ما يجري مجرى الأموال، فتارة تكون عقداً كالنكاح والرجعة، وتارة تكون حلاً كالطلاق والعتق، وتارة تكون استيثاقاً كإثبات الحجج والبينات والدعاوي والمخاصمات، فهذا كله يجوز فيه التوكيل، إلا استيفاء الحدود وإثباتها على ما سيأتي بيانه.

---

(١) سورة آل عمران، الآية: ١٧٣.

(٢) مختصر المزني: ص ١١٠.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو ما لا يجوز التوكيل فيه مع القدرة والعجز، فهو ما كان من العبادات التي وضعت إخلاصاً كالصلاة، أو زجراً كالإيمان واللعان. فأما الطهارة فتنقسم ثلاثة أقسام:

قسم: يجوز فيه التوكيل والنيابة، وهو إزالة النجاسة.

وقسم: لا يجوز فيه التوكيل وهو رفع الحدث، لأن المقصود منه الإخلاص والعمل بالنية. فلو أن رجلاً أمر على أعضاء رجل بأمرٍ، ونوى المغسول أعضاؤه الطهارة للصلاة، جاز ولم تكن هذه وكالة، وكانت معونة كما يعاونه باستقاء الماء وبإعارة ثوب.

والقسم الثالث: من الطهارة ما سقط فرضه بفعل الغير من غير أن يكون وكالة، وهو غسل الميت، وهو فرض على الكافة. فإذا فعله أحدهم أسقط به الفرض عن غيره، وإن لم يكن وكيلاً. ومن هذا القسم اختيار الزوجات في من أسلم عن أكثر من أربع نسوة، لا تصح فيه الوكالة لأنه موقوف على شهوات النفوس. والله أعلم.

فصل: والقسم الثالث: ما يجوز فيه التوكيل مع العجز، ولا يجوز مع القدرة، وهو: الحج والعمرة، وقد مضى من حكم النيابة فيهما ما يغني عن زيادة فيه، ويكون ركعتي الطواف يفعلها النائب تبعاً لأركان الحج، وإن كانت الصلاة مما لا تصح فيها النيابة، والله أعلم.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو ما يجوز التوكيل مع القدرة. واختلف قوله في جواز التوكيل فيه مع العجز، فهو الصيام. فإن من وجب عليه الفرض حياً لم يجز الصيام عنه، سواء كان عاجزاً أو مطيقاً. وإن كان ميتاً كان الشافعي يقول في القديم: يجوز الصيام عنه لخبرٍ روي فيه، ورجع عنه في الجديد، ومنع من الصيام عنه لضعف الخبر واحتمال التأويل فيه إن صح.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فلا بد في عقد الوكالة من لفظ تنعقد به الوكالة، وأن يكون مقارناً لذكر ما وقعت فيه الوكالة، ثم قبول الوكالة. فتتم الوكالة بهذه الشروط الثلاثة: شرطان، منها من جهة الموكل وهما: اللفظ بالوكالة، وذكر الموكل فيه. والثالث: من جهة الوكيل وهو القبول.

فأما الشرط الأول: وهو لفظ العقد، فينقسم ثلاثة أقسام:

قسم: هو صريح العقد.

وقسم: هو مقصود العقد.

وقسم: يخرج من الأمرين فلا يكون صريحاً ولا مقصوداً.

فأما صريح العقد فهو أن يقول: قد وكلتك وأنت وكيلي، أو قد جعلتك لي وكيلاً، فيصح عقد الوكالة بهذا اللفظ لكونه صريحاً فيه لمفهوم المراد به.

وأما مقصود العقد فهو أن يقول: قد أقمتك مقامي، أو قد جعلتك نائباً عني، فيصح عقد الوكالة بهذا اللفظ أيضاً، لأن هو المقصود باللفظ، والصريح فيها، فكان أحق بصحة العقد، وهكذا لو قال: قد استنبتك صحّ العقد، لأن الوكالة نيابة. ولكن لو قال: سأوكلك، لم يصح لأنه محتمل. وهكذا لو قال: أوكلك، لأنه موعد.

وأما الخارج عن الأمرين من صريح ومقصود، فهو أن يقول: قد عولت عليك، فلا يصح عقد الوكالة لاحتماله أن يكون معولاً على رأيه أو معونته أو نيابته. وهكذا لو قال: قد اعتمدت عليك، أو استكفيت إلى ما جرى مجرى ذلك من الألفاظ المحتملة، لا يصح العقد بها إلا أن يضم إليها أحد ألفاظ القسمين الأولين، فيصح.

فصل: وأما الشرط الثاني: وهو ذكر ما وكل فيه، فينقسم ثلاثة أقسام:

قسم: يكون عاماً في الأحوال كلها.

وقسم: يكون خاصاً في حال بعينها.

وقسم: يكون عاماً في وجه، خاصاً في وجه.

فأما القسم الأول: وهو العام في الأحوال كلها، فصورته أن يقول: قد وكلتك في كل شيء، أو قد وكلتك بكل قليل وكثير، أو قد وكلتك في فعل ما رأيته صلاحاً في مالي، فهذه وكالة باطلة للجهل بها، ومضادة الاحتمال فيها، لأنه قد يحتمل التوكيل في حفظ القليل والكثير، ويحتمل بيع القليل والكثير وهما ضدان متباينان، فبطلت الوكالة من أجله.

وأما القسم الثاني: وهو الخاص في حال بعينها فصورته أن يقول: قد وكلتك في بيع هذا العبد، أو في شراء هذه الدار، أو في اقتضاء هذا الدين، أو في تثبيت هذه الوصية، أو في مخاصمة هذا المدعي، فتصح الوكالة خصوصاً في المأذون فيه دون غيره

وهذا ما وافق عليه أبو حنيفة، وإن خالف في الوصية. فإن أبا حنيفة يجعل الوصي في شيء وصياً في كل شيء، ولا يجعل الوكيل في شيء وكيلاً في كل شيء.

وأما القسم الثالث: وهو العام من وجه، الخاص من وجه، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون خصوصه بجعل العموم معلوماً، فتصحُّ فيه الوكالة كقوله: قد وكلتك في بيع كل قليل وكثير من مالي، لأن تخصيص البيع قد جعل المراد بعموم ماله معلوماً.

والضرب الثاني: أن لا يصير العموم بما ذكره من التخصيص معلوماً، فالوكالة فيه باطلة كقوله: قد وكلتك في شري ما رأيت بكل قليل وكثير من مالي، لأن جنس ما يشتريه بماله لا يصير معلوماً، فبطلت الوكالة فيه. وهكذا لو قال: اشتر لي بهذا الألف ما رأيت من العروض، أو ما علمت فيه حظاً من الإبراء، كانت الوكالة فيه باطلة إلا أن يكون مقصود بطلب الربح دون التمليك. فيجوز كالمضاربات.

فإن قيل: أليس لو دفع في المضاربة مالاً يشتري به العاملُ ما رأى فيه صلاحاً جاز، فهلا جاز مثله في الوكالة؟.

قيل: الفرق بينهما، أن المقصود في المضاربة طلب الربح فلا يؤثر فيه اختلاف الأجناس، فكان المقصود معلوماً، فصحّ. والمقصود في الوكالة تملكك العين المشتراة، وإطلاق ذلك مع اختلاف الأجناس لا يجعل المقصود منها معلوماً، فبطل. فعلى هذا لو قال له: قد وكلتك في شري عبد لم يصح حتى يصفه بما يتميز للوكيل مراده في العبد من ذكر جنسه ونوعه، ولا يحتاج إلى ذكر صفته المستحقة في السلم، لأنه يضيق على الناس.

فلو قال له: قد وكلتك في شري من رأيت من العبيد، أو في شري ما رأيت من الخيل، لم يجز لاختلاف العبيد والخيل، وجهل الوكيل بالمقصود منها.

وهكذا لو قال: بعْ من رأيت من عبيدي، أو بع ما رأيت من خيلي، لم يجز سواء ذكر العدد أو لم يذكر، حتى يتميز المبيع والمشترى من غيره بصفة أو إشارة. وقال بعض أصحابنا: يجوز أن يوكله في شراء عبيد أو ثوب وإن لم يشر إلى صفاته، اعتماداً على رأي وكيله الموكل. ولا يجوز على المذهب الأول عقد الوكالة وبيان الوكيل، حتى يقترن به على الفور. والله أعلم بالصواب.

فصل: وأما الشرط الثالث: وهو قبول الوكيل، فهو على التراخي ما لم يتعين زمان العمل الذي وكل فيه، فإن تعين زمانه وخيف فواته كان قبول الوكالة على الفور. وكذلك لو عرضها الحاكم عليه عند ثبوتها عنده، صار قبولها على الفور أيضاً، وقبولها فيما سوى هذين على التراخي.

وقال أبو حامد المروروذي: قبول الوكالة على الفور، لأنها عقد فجرت مجرى سائر العقود. وهذا خطأ من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن الوكالة له إذن بالتصرف، فلم يحتج إلى تعجيل القبول، كما لو أذن له في بيع أو شراء.

والثاني: أن الوكالة نيابة كالوصية، ثم جاز أن يكون القبول في الوصية على التراخي، وكذلك الوكالة.

والثالث: أنه لو وكله بمكاتبة جاز لو وقع في نفسه صحة الكتاب أن يكون قبوله على التراخي، فكذلك في المشافهة.

فإذا استكمل هذه الشروط فقد تمت الوكالة، سواء أشهد الموكل على نفسه بها أم لا، لأن الشهادة إنما هي حجة في ثبوت وكالته، وليست شرطاً في صحتها.

ولو كان الوكيل غائباً في وقت الوكالة، فشهد بوكالته شاهدان عند الحاكم، فإن صدقها جاز له قبولها والعمل بها، وإن لم يقع في نفسه صدقهما لم يجز أن يعمل بها، وليس قبول الحاكم لها بغنى عن تصديقه.

ولو ردها الحاكم لمعنى أوجب رد شهادتها ووقع في نفس الوكيل صدقهما، جاز له قبولها والعمل بها، وليس رد الحاكم لها بمانع من عمل الوكيل بقولها، لأن قولهما عنده خبر، وعند الحاكم شهادة.

فإذا سأل الوكيل موكله أن يشهد على نفسه بوكالته، نظر: فإن كانت الوكالة فيما إذا جحدها الموكل تعلق بالوكيل فيها زائدة ضمان كالبيع إن لزمه الموكل لزمه الوكيل ضمان ما أقبض من المبيع، أو كالشري إن جحده الموكل لزم الوكيل المشتري، أو كفيل الأموال يلزمه مع الجحود الضمان، أو كقضاء الديون يلزمه مع الجحود ما قضي، فواجب على الموكل مع بقائه على الوكيل أن يشهد على نفسه بالوكالة.

وإن كانت الوكالة فيما إن جحده الموكل، لم يتعلق بالوكيل فيها ضمان، كالوكالة في إثبات الحقوق، والمطالبة بالشفعة، ومقاسمة الشركاء، لم يجب على الموكل أن يشهد على نفسه بالوكالة.

ثم لا يجوز عقد الوكالة على أجل أو شرط، لأن تعليق الوكالة بالشروط والآجال فاسدة. فإذا قال: إذا جاء رأس الشهر فقد وكلتك في بيع داري، كانت الوكالة باطلة لعقدها إلى أجل. ولو قال: قد وكلتك في بيع داري إذا جاء رأس الشهر جاز، لأنه عجل عقد الوكالة، وإنما جعل رأس الشهر محلاً لوقت البيع.

وهكذا لو قال: إن شاءت زينب فقد وكلتك في طلاقها، لم يجز، ولو قال: وكلتك في طلاق زينب إن شاءت، جاز.

فصل: فإذا ثبت ما وصفناه فقد ينقسم ما تضمنته الوكالة ثلاثة أقسام:

أحدها: ما كان عمل الوكيل فيه مقصوراً على ما تضمنته الوكالة دون مقصوده، وهو ما لم يكن مقصوده واجباً على الموكل، كالتوكيل في إثبات الحد والقصاص، فلا يجوز للوكيل أن يستوفي الحد والقصاص بعد إثباته، لأن استيفاءه غير واجب على موكله.

وهكذا لو وكله في المطالبة بدين، لم يكن له قبضه بعد المطالبة. وإن وكله في المخاصمة في دار يدعيها، لم يكن له قبضها. ولو وكله في إثبات منفعة يستحقها، لم يكن له انتزاعها، وكان عمل الوكيل في هذه الأحوال كلها مقصوراً على ما تضمنه الإذن.

وأما القسم الثاني: ما كان عمل الوكيل فيه متجاوزاً إلى ما تضمنته الوكالة من مقصوده. وهو ما كان مقصوده واجباً على الموكل، كالتوكيل في بيع أو شري، فله إذا عقد البيع أن يسلم المبيع ويتسلم الثمن، وإن لم يصرِّح له الموكل به، لأن عقد البيع أوجب عليه تسليم ما باعه، وهو مندوب إلى أن لا يسلم المبيع إلا بعد قبض ثمنه، فلذلك جاز أن يتجاوز ما تضمنه العقد إلى تسليم المبيع وقبض ثمنه.

وهكذا لو وكله في شري سلعة، جاز له أن يقبضها ويدفع ثمنها، لأن عقد الشري قد أوجب عليه دفع الثمن، وهو مندوب إلى أن لا يدفع الثمن إلا بعد قبض المبيع.

فإن وكله في بيع على أن لا يقبض الثمن من المشتري، صحت الوكالة، ولم يكن له قبض الثمن. ولو وكله فيه على أن لا يسلم المبيع، كان في الوكالة وجهان ذكرهما أبو علي الطبري في إفصاحه:

أحدهما: تصح الوكالة، كما لو نهاه عن قبض الثمن، فإذا أخذ بتسليم المبيع أخذ به الموكل.

والوجه الثاني: إن الوكالة باطلة، لأن إقباض المبيع من لوازم البيع، فإذا نهاه عنه بطل التوكيل في سببه.

والقسم الثالث: ما اختلف المذهب فيه، هل يكون عمل الوكيل مقصوراً على ما تضمنه الإذن أو تجوز له المجاوزة إلى ما أدى إليه، وهو ما لا يتمكن من عمل المأذون فيه إلا به، كالوكالة في مقاسمة في دار وقبض الحصة منها إذا جحد الشريك، هل يجوز للوكيل المخاصمة فيها وإثبات الحجج والبينات عليها؟ وكالوكالة في قبض دين إذا جحده المطلوب، هل يجوز للوكيل مخاصمته وإثبات البينة عليه؟ فيه قولان حكاهما ابن سريج تخريجاً:

أحدهما: ليس له ذلك، ويكون مقصود العمل على ما تضمنه صريح الإذن، لأن ما يجاوزه ليس بواجب فيه، فشابه القسم الأول.

والقول الثاني: يجوز له ذلك، لأنه لا يصل إلى العمل المأذون فيه إلا به، فصار بواجباته أشبه كالقسم الثاني، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ ضَمَانَ عَلَى الوُكَلاَءِ وَلاَ عَلَى الأَوْصِيَاءِ وَلاَ عَلَى المُودِعِينَ وَلاَ عَلَى المُقَارِضِينَ إِلاَّ أَنْ يَتَعدَّوا فَيَضْمَنُوا)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. الأيدي في أموال الغير ثلاثة أقسام:

يد ضامنة، ويد أمينة، ويد اختلف قول الشافعي فيها: هل هي ضامنة أو أمينة؟.

فأما اليد الضامنة فيد الغاصب، والمستعير، والمساوم، والمشتري، والمستقرض، وكل هؤلاء يلزمهم ضمان ما هلك بأيديهم، وإن كان هلاكه بغير تعديهم، لأنهم من بين متعد بيده أو معارض على ما في يده.

وأما اليد الأمينة فيد الوكيل والمضارب والشريك والمودع والمستأجر والمرتهن، فهؤلاء كلهم لا ضمان عليهم ما لم يتعدوا ويفرطوا، لأنه ليس فيهم متعد بيده، ولا معاوض على غير.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٠.

وأما اليد المختلف فيها فيد الأجير المشترك إذا هلك بيده ما استؤجر على عمله من غير تفريط فيه ولا تعد عليه، ففيه قولان:

أحدهما: إنها يد ضامنة يلزمها ضمان ما هلك فيها كالمستعير.

والقول الثاني: إنها يد أمينة لا ضمان فيما هلك فيها كالمودع.

فصل: فإذا تقرر هذا، فالوكيل أمين فيما بيده لموكله، ولا ضمان عليه إن هلك لأمرين:

أحدهما: أن الموكل قد أقامه فيه مقام نفسه وهو لا يلتزم ضمان ما بيده، فكذلك الوكيل الذي هو بمثابته.

والثاني: أن الوكالة عقد إرفاق ومعونة، وفي تعلق الضمان بها ما يخرج عن مقصود الإرفاق والمعونة فيها. وسواء كانت الوكالة بعوض أو غير عوض، فكان أبو علي الطبري يقول: إذا كانت بعوض جرت مجرى الأجير المشترك، فيكون وجوب الضمان على قولين. وهذا ليس بصحيح، لأنها إذا خرجت عن حكم الإجارة في اللزوم، خرجت عن حكمها في الضمان، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالتَّوْكِيلُ مِنْ كُلِّ مُوَكِّلٍ مِنْ رَجُلٍ وَامْرَأَةٍ تَخْرُجُ أَوْ لاَ تَخْرُجُ بِعُذْرٍ أَوْ غَيْرَ عُذْرٍ)**(١).

قال الماوردي: إعلم أنَّ الكلام في هذه المسألة يشتمل على فصلين:

أحدهما: في الخلاف المتعلق بها.

والثاني: في شرح المذهب فيها.

فأما الخلاف المتعلق بها، فتقديمه أولى ليتمهد عليه المذهب مشروحاً، والخلاف فيها في فصلين:

أحدهما: أن المرأة يجوز أن توكل في المخاصمة خضرة كانت أو برزة.

وقال أبو حنيفة: يجوز الخضرة التي لا تبرز أن توكل، ولا يجوز للبرزة التي تظهر للناس أن توكل.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٠.

والثاني: أن الرجل يجوز أن يوكل في المخاصمة حاضراً كان أو غائباً، معذوراً كان أو غير معذور.

وقال أبو حنيفة: يجوز للغائب والحاضر المعذور أن يوكل، ولا يجوز للحاضر غير المعذور أن يوكل.

واستدل أبو حنيفة عليها لتقارب الخلاف فيها بقوله تعالى: ﴿وَإِذَا دُعُوا إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ لِيَحْكُمَ بَيْنَهُمْ إِذَا فَرِيقٌ مِنْهُمْ مَعرضونَ﴾[1] ومن امتنع عن الحضور بالوكالة كان معرضاً عن الإجابة.

وبما روي: أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب في عهده إلى أبي موسى الأشعري: «آس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك» وفي مقابلة الخصم بالوكيل عدم المساواة بين الخصمين، ولأن حضور الخصم حق من حقوق المدعي، بدلالة ما يستحقه من ملازمة للخصومة ومنعه من اشتغاله، وفي امتناعه عن الحضور بالتوكيل إسقاط لحق المدعي من الحضور. ولأن جواب الدعوى مستحق على المدعى عليه، وقد يكون الجواب تارة إقراراً وتارة إنكاراً، والوكيل يقوم مقامه في الإنكار دون الإقرار، فلم يجز أن يبطل بالتوكيل حقه في أحد الجوابين، وما قد يستحقه من اليمين التي لا ينوب الوكيل عنه فيها. ولأن الوكيل فرع لموكله، كالشهادة على الشهادة هي فرع على شهود الأصل، فلما لم يجز للحاكم أن يسمع شهود الفرع إلا بعد العجز عن شهود الأصل، وجب ألا يقتنع بالوكيل إلا بعد العجز عن الموكل. ولأن الوكيل نائب عن موكله كالوصي والولي على اليتيم، فلما ثبتت الولاية لعجز المولى عليه، وجب أن تصح الوكالة لعجز الموكل.

ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه سمع دعوى حويصة ومحيصة على يهود خيبر أنهم قتلوا عبد الله بن سهل نيابة عن عبد الرحمن بن سهل، ووليه كان حاضراً، فما أنكر دعواهم له مع حضوره، فلو كان وكالة الحاضر غير جائزة لأنكرها حتى يبتدىء الولي بها. ألا تراه أنكر على محيصة حين ابتدأ بالكلام قبل حويصة وقال له: «كبر كبر»[3] وليس تقديم الأكبر بواجب، وإنما هو أدب، فكيف يكف عن إنكار ما هو واجب؟

---

(١) سورة النور، الآية: ٤٨.

(٢) كتاب عمر إلى أبي موسى الأشعري: أخرجه الدارقطني ٤/ ٢٠٦ ـ ٢٠٧ والبيهقي في المعرفة.

(٣) حديث بشير بن يسار عن رافع بن خديج وسهل بن أبي حثمة: أن عبد الله بن سهل ومحيِّصة بن مسعود أتيا خيبر فتفرقا في النخل، فقُتل عبد الله بن سهل فجاء عبد الرحمن بن سهل وحويصة ومحيصة ابنا مسعود =

وروي أن علي بن أبي طالب رضوان الله عليه: وكّل عقيلاً أخاه عند عمر بن الخطاب، ولعله عند أبي بكر رضي الله عنهما وعليّ كان حاضراً. ووكل أيضاً عبد الله بن جعفر حين أسن عقيل عند عثمان بن عفان وكان علي حاضراً، فكان ذلك منهم إجماعاً على وكالة الحاضر.

ولأن كل من صح توكيله إذا كان غائباً أو مريضاً، صح توكيله وإن كان حاضراً صحيحاً، كالتوكيل في العقود واستخراج الديون. ولأن كل من صح توكيله في العقود مع الغيبة، صح توكيله مع الحضور كالمريض والمسافر. ولأنه شرط في صحته لا يختلف بمرض العاقد وصحته وحضوره وغيبته كسائر العقود، ولأن مقصود الوكالة إنما هو معونة من كان ضعيناً، أو صيانة من كان مهيباً، وهذا المعنى موجود في غير المعذور كوجوده في المعذور.

فأما جوابه عن الآية فمن وجهين:

أحدهما: أن من وكل عن نفسه لم يكن معرضاً عن الإجابة.

والثاني: أنه دعا إلى الدين، وذلك مما لا يصح فيه التوكيل.

وأما الجواب عن قول عمر رضي الله عنه، فهو أن لكل واحد منهما الوكالة، فلم يكن فيه إبطال التساوي.

وأما الجواب عن قولهم: إن حضور المدعى عليه من حقوق المدعي. فهو غير صحيح، لأن المدعى عليه لو خرج من الدعوى بغير حضور، سقطت المطالبة عنه. ولو حضر من غير خروج منها لم تسقط عنه، فثبت أن حق المدعي في الخروج في الدعوى لا في حضور المدعى عليه. ولا يجوز للحاكم ولا للمدعي قطعه عن اشتغاله إذا خرج من الدعوى، أو وكل.

وأما الجواب عن قولهم: إن الجواب قد يكون إقراراً، فهو من يخرج في دينه بالإقرار مع حضوره كان متخرجاً بالخروج من الحق المدعى عليه.

= إلى النبي ﷺ، فتكلموا في أمر صاحبهم ـ وكان أصغر القوم ـ فقال النبي ﷺ: كبِّر الكُبْر... وساق الحديث.

أخرجه البخاري في الأدب (٦١٤٢) (٦١٤٣) ومسلم في القسامة (١٦٦٩) (٢) وأبو داود (٤٥٢٠) والنسائي ٨/٨ ـ ٩ والترمذي (١٤٢٢) والبيهقي ٨/١١٨ وأحمد ٤/١٤٢ والبغوي (٢٥٤٦) والشافعي في مسنده ٢/١١٣ ـ ١١٤.

وأما الجواب عن استدلالهم بالشهادة على الشهادة، فهو جمع بغير معنى، ثم الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أنه لما لم يجز للحاكم أن يسمع شهود الفرع برضا الخصم إذا كان قادراً على شهود الأصل، وإن جاز أن يسمع من الوكيل برضا الخصم مع زوال العذر، دلَّ على اعتبار الضرورة في الشهادة على الشهادة، وأنه لا اعتبار بالضرورة في الوكالة.

والثاني: أن الحاكم لا يجوز أن يحكم بالشهادة على الشهادة إلا بعد الكشف عن أحوال الشهود، فما لم يضطر إليها لم يكلف سماعها. ويجوز له أن يسمع من الخصم ولا يكشف عن حاله، فجاز سماعه ممن لم يضطر إلى السماع منه.

وأما استدلالهم بالوصي والولي، فذلك لأنه نائب عمّن لم يختره، فلم يجز إلا مع الضرورة، والوكيل نائب عمّن اختاره، فجاز ارتفاع الضرورة.

فصل: فإذا ثبت جواز الوكالة من المرأة البرزة وغير البرزة، ومن الرجل المعذور وغير المعذور، انتقل الكلام إلى فصلين:

أحدهما: من يجوز أن يوكل.

والثاني: من يجوز أن يتوكل.

فأما الفصل: الأول: وهو من يجوز أن يوكل. فهو أن كل من جاز تصرفه في شيء تصح فيه النيابة، جاز أن يوكل غيره في ذلك الشيء. وإذا كان كذلك انقسمت أحوال الناس ثلاثة أقسام:

قسم: يجوز تصرفهم على الأحوال كلها، وهم: من كان بالغاً، عاقلاً، حراً، رشيداً، فتصرفهم في الأحوال كلها جائز على الإطلاق. فعلى هذا، يجوز لهم أن يوكلوا إذا كان تصرفهم تصرف ملك، لا نيابة. فأما المتصرف فيه بنيابة عن غيره فضربان:

أحدهما: أن يكون تصرفه بإذن من ينوب عنه كالوكيل، فليس له أن يوكل عن نفسه فيما وكل فيه إلا بإذن من موكله على ما سنذكره من تقسيم الأحوال فيه.

والضرب الثاني: أن يكون تصرفه بغير إذن من ينوب عنه، كالوصي وولي اليتيم وأب الطفل، فيجوز له أن يوكل عن نفسه إن شاء، فكلا الأمرين جائز. فهذا قسم.

والقسم الثاني: من لا يجوز تصرفهم على الأحوال كلها وهم: الصبيان،

والمجانين. فلا يجوز توكيلهم، وإنما يجوز لوليهم أن يوكل عنهم. فلو أن صبياً وكّل ثم بلغ، أو مجنوناً وكّل ثم أفاق، كانت الوكالة باطلة لفساد وقوعها، فلم يصح لجواز الأمرين من بعد. فأما العاقل إذا وكّل عن نفسه ثم جنَّ بعد توكيله، فله حالتان:

إحداهما: أن يطول به الجنون حتى يصير إلى حال يولى عليه، فالوكالة قد بطلت، لأنه لما صار بالجنون باطل التصرف كان تصرف من توكل من جهته أبطل.

والحال الثانية: أن لا يطول به الجنون حتى يفيق منه سريعاً قبل أن يولى عليه، فالظاهر من مذهب الشافعي: بطلان الوكالة، للمعنى الذي ذكرنا. وسواء صار مألوفاً، أو غير مألوف.

وقال أبو العباس بن سريج: الوكالة صحيحة لا تبطل، لا سيما إذا صار مألوفاً، لأن قصور مدته وسرعة إفاقته تجعله عفواً كأوقات النوم، لانتفاء الخوف عنه.

والقسم الثالث: من يجوز تصرفه على حال دون حال، وفي شيء دون شيء، وهم: ثلاثة. السفيه، والمفلس، والعبد.

فأما السفيه: فيجوز أن ينفرد بالطلاق والخلع والرجعة وقبول الوصية والهبة، فيجوز أن يوكل من ينوب عنه في ذلك، ولا يجوز تصرفه فيما سواه، ولا يجوز أن يوكل فيه.

وأما المفلس: فيجوز تصرفه فيما سوى المال الذي في يده، لأن حجر المفلس إنما تناول ما بيده من المال دون غيره. فعلى هذا، لا يجوز أن يوكل في المال المحجور عليه فيه لبطلان تصرفه فيه، ويجوز أن يوكل فيما سواه من عقد بيع أو نكاح أو غيره.

وأما العبد فتصرفه على ضربين:

أحدهما: ما لا يفتقر فيه إلى إذن السيد، كالطلاق والخلع والرجعة وقبول الوصية والهبة، فيجوز أن يوكل فيه، إن باعه السيد لم تبطل الوكالة، وكذلك لو أعتقه.

والضرب الثاني: ما يفتقر إلى إذن السيد، وهو على ضربين:

أحدهما: ما يصير فيه بالإذن متصرِّفاً في حق نفسه دون سيده، كالنكاح، فيجوز له أن يوكل فيه عن نفسه إذا أذن له السيد فيه. فلو باعه السيد، بطلت الوكالة لانتقال الحق إلى غيره، ولو أعتقه لم تبطل الوكالة لانتقال الحق إلى نفسه.

والضرب الثاني: ما يكون بالإذن متصرفاً في حق مستنيبه، كالمأذون له في التجارة،

فيكون في التجارة المأذون له فيها بمثابة الوكيل، فلا يجوز أن يوكل فيما يقدر على التفرد به إلا بصريح إذن من سيده. فإن وكله بإذن السيد، صح التوكيل. فلو باعه السيد بطلت الوكالة، وكذلك لو أعتقه، لأنها وكالة في نفسه وحق السيد.

فأما المكاتب فيجوز له أن يوكل بإذن السيد وغير إذنه، لجواز تصرفه بإذن وغير إذن. فلو وكّل وكيلاً ثم عجز المكاتب وصار رقيقاً، بطلت الوكالة لأنها وكالة في حق نفسه. فلو أدى وعتق، كانت الوكالة على حالها لما ذكرنا من اختصاصها بحق نفسه. والله أعلم.

فصل: وأما الفصل الثاني: وهو في من يجوز أن يتوكل لغيره فيصير وكيلاً، فهو أن كل من ملك التصرف في شيء تصح فيه النيابة، جاز أن يكون وكيل غيره فيه. وإذا كان كذلك، فأحوال الناس تنقسم ثلاثة أقسام:

أحدها: من يجوز تصرفه في عموم الأحوال، وهو البالغ العاقل الحر الرشيد، فيجوز أن يتوكل في كل ما تصح فيه الوكالة. فأما الفاسق فتصح وكالته فيما لا ولاية فيه.

فأما ما فيه ولاية فضربان:

ضرب: تكون ولايته على غير الإذن فيما عليه، وولي اليتيم، فلا يصح أن يكون وكيلاً له، ولا قيماً عليه.

وضرب: تكون ولايته على الإذن كالنكاح. فإن كان التوكيل من جهة الزوج جاز أن يوكل فاسقاً، لأن عقد النكاح في حق الزوج لا يفتقر إلى ولاية عليه، وإنما هي نيابة عنه. وإن كان التوكيل من جهة ولي الزوجة، ففي جواز توكيله الفاسق وجهان:

أحدهما: لا يجوز توكيله لما فيه في الولاية التي ينافيها الفسق.

والوجه الثاني: يجوز توكيله لأنه مأمور، وليس بمطلق الولاية.

فأما الكافر، فلا يجوز أن يتوكل فيما فيه ولاية على مسلم، ولا في نكاح مسلم، لا من جهة الزوج ولا من جهة الزوجة، لأن نكاح المسلم لا ينعقد بكافر بحال. ولكن يجوز أن يكون وكيلاً في نكاح كافر، وهل يجوز أن يكون وكيلاً في طلاق مسلم؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز، لأنه يملك الطلاق.

والثاني: لا يجوز، لأنه لا يملك طلاق مسلمة.

والقسم الثاني: لا يجوز تصرفه في عموم الأحوال، وهو الصبي والمجنون، فلا يصح أن يتوكلا لأحد. فمن وكلهما، كانت الوكالة باطلة.

فلو أن رجلاً وكَّل عاقلاً ثم جن الوكيل، كان على ما ذكرنا في جنون الموكل إن استدام به إلى حال يصير مولى عليه بطل توكيله. وإن أفاق منه قريباً، بطلت وكالته على مذهب الشافعي، وجازت على قول أبي العباس بن سريج.

والقسم الثالث: من يجوز تصرفهم في شيء دون شيء، وهم ضربان:

أحدهما: من منع التصرف لحق نفسه كالسفيه، يجوز أن يتوكل فيما يجوز تصرفه فيه من الطلاق والخلع، ولا يجوز أن يتوكل فيما لا يجوز التصرف فيه من بيع أو نكاح أو غيره، لأنه لما بطلت عقوده بالسفه في حق نفسه، كان أولى أن تبطل في حق غيره.

والضرب الثاني: من منع من إطلاق التصرف لحق غيره، كالعبد الممنوع من التصرف لحق سيده، لا لعدم رشده، فللسيد منعه أن يتوكل لغيره فيما يجوز تصرفه فيه وما لا يجوز، لما في تشاغله بالوكالة في تفويت منافع السيد. فإن أذن له السيد، جاز أن يتوكل لسيده وغير سيده. ثم لا يخلو ما يوكل فيه من أن يكون فيه معنى من معاني الولايات، كعقود البياعات، والإجارة، والدعوى، والمخاصمات، فيجوز أن يتوكل فيها، وإن كان فيها من معاني الولايات. فإن كانت على غير الموكل كالولاية على طفل أو في مال يتيم، لم يجز أن يكون وكيلاً فيه. وإن كانت على الموكل كالنكاح، فإن توكل من جهة الزوج صح، وإن توكل من جهة الزوجة كان على ما ذكرنا من الوجهين.

فلو توكل العبد فيما يصح أن يكون وكيلاً فيه، ثم باعه السيد، بطلت الوكالة لما قد ملكه المشتري من منافعه، وسواء كان قد توكل لسيده، أو لغيره. فإن جدد له المشتري إذناً بالوكالة المتقدمة، فهل يحتاج إلى تجديد إذن من الموكل أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: إنه لا يحتاج إلى تجديد إذنه، ويصير على وكالته بما تقدم من إذن موكله إذا جدد له المشتري إذناً بالوكالة، لأن منعه من الوكالة؛ إنما كان لحق المشتري فارتفع بحدوث إذنه وحده.

والوجه الثاني: وهو أصح، أن الوكالة قد بطلت فلا تصح إلا بتجديد إذن من جهة الموكل لأن إبطالها قد رفع أسبابها، كما أن العقد إذا بطل لم يصح بالإجازة حتى يبتدىء عقداً صحيحاً.

فأما إن أعتقه السيد، فلا يخلو أن يكون وكيلاً لسيده أو غير سيده. فإن كان وكيلاً لغير سيده، لم تبطل الوكالة بعتقه. وإن كان وكيلاً لسيده، ففي بطلان الوكالة بعتقه وجهان:

أحدهما: لا تثبت وكالة غيره.

والثاني: وهو قول أبي العباس بن سريج: تبطل وكالته، لأنها من جهة السيد أمر، فبطلت كسائر أوامره التي تبطل بعتقه.

فأما المرأة، فيجوز أن تتوكل لزوجها. فأما غير زوجها، فلا يجوز أن تتوكل إلا بإذن زوجها، لما قد ملكه الزوج من الاستمتاع بها، وإن له منعها من الخروج لتصرفها. وإن كلها الزوج أو غيره، جاز فيما سوى النكاح والطلاق. فإن وكلت في النكاح كان باطلاً، لأن المرأة لا تملك عقد النكاح. وإن وكلت في الطلاق، كان في صحة الوكالة وجهان:

أحدهما: باطلة، لأنها لا تملك الطلاق.

والثاني: جائزة، لأنها لو ملكت طلاق نفسها صح، فجاز أن تتوكل في طلاق غيرها. فلو وكلت ثم طلقها الزوج، كانت الوكالة على حالها سواء توكلت للزوج أو لغيره، لأنها وكالة وليست أمراً يلزم امتثاله كالسيد مع عبده.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (حَضَرَ خَصْمٌ أَوْ لَمْ يَحْضُرْ جَائِزٌ. قَالَ الشافعي رضي الله عنه لَيْسَ الخَصْمُ مِنَ الوَكَالَةِ بِسَبِيلٍ، وَقَدْ يُقْضى لِلْخَصْمِ عَلَى المُوَكِّلِ، فَيَكُونَ حَقًّا يَثْبُتُ لَهُ بِالتَّوْكِيلِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. يجوز ثبوت الوكالة عند الحاكم، وإن كان الخصم غائباً.

وقال أبو حنيفة: لا يصح ثبوت الوكالة على خصم غائب إلا في ثلاثة أحوال: إما أن يكون مريضاً، أو يريد سفراً، أو يقر بها الموكل عند الحاكم. فأما بالبينة فلا يسمعها إلا بحضور خصم، وإن كانوا جماعة صح ثبوتها بحضور أحدهم، وجعل امتناعه في ثبوت الوكالة على غير خصم بناء على أصله في القضاء على الغائب: لا يجوز، وفي إثبات الوكالة عليه قضاء على غائب.

(١) مختصر المزني: ص ١١٠.

ودليلنا عليه مع مخالفتنا في الأصل الذي عليه: أن علياً رضي الله عنه وكَّل عقيلاً وعبد الله بن جعفر، ولم يكن عند توكيله إياهما خصم، وهذه حال مشهورة في الصحابة، وكلٌّ أقر عليها، ولم يخالف فيها. ولأنه موكل في حق نفسه فلم يعتبر فيه حضور الخصم كالوكالة في استخراج الديون، ولأن ما لم يشترط في عقد الوكالة عند مرض الموكل وسفره، لم يشترط فيه عند حضوره ومغيبه، كالشهادة طرداً والقول عكساً.

ولأنه توكيل، فوجب أن يتم بالموكل والوكيل، كالتوكيل في العقود. ولأن ما تنعقد به الوكالة في العقود، تنعقد به الوكالة في مطالبة الخصوم، كوكالة المريض والمسافر. ولأنه توكيل لم يشترط فيه رضا الخصم، فلم يشترط فيه حضوره.

وأصله: إذا أقر بالوكالة أو وكل عنه حاكم. ولأنه مستعان به في الخصومة، فلم يشترط فيه حضور الخصم كإشهاد الشهود.

فأما الجواب عن استدلالهم: بأنه قضاء على غائب، فهو: أنها دعوى مدفوعة، لأن الوكالة حق للموكل وعليه، وليس للخصم فيها حق، ولا عليه فيها حق. ألا ترى أنه لا يثبت له بحضور الوكالة حق، ولا يثبت عليه حق؟ ولذلك قال الشافعي رحمه الله: وليس الخصم من الوكالة بسبيل.

فأما قول الشافعي: وقد يقضي للخصم على الموكل، فيكون حقاً ثبت له بالتوكيل، فمعناه: أن الخصم لو ادعى البراءة من الحق الذي عليه عند مطالبة الوكيل له بالتوكيل، سمعت بينة الخصم بالبراءة إلى الموكل من حقه، ولولا الوكالة التي استحق الوكيل بها المطالبة لما أمكن الخصم إقامة البينة بالبراءة.

فصل: فإذا ثبت أن الوكالة في الخصومة يصح ثبوتها عند الحاكم على خصمٍ حاضر وغائب، ومن يوكل كل حاضر وغائب، فلا يخلو حال الموكل من أن يكون حاضراً مع وكيله عند الدعوى والمطالبة، أم لا.

فإن كان حاضراً جاز للقاضي أن يسمع الدعوى من وكيله على الخصم مع حضوره، وهذا قول أبي يوسف ومحمد بن الحسن.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز للقاضي مع حضور الموكل أن يسمع دعوى الوكيل ومخاصمته.

وهذا غير صحيح، لأن مقصود الوكالة أنها معونة العاجز وصيانة المعيب، فاستوى حاله مع حضوره ومغيبه. ولأن علياً رضي الله عنه قد بين في الوكالة أنها تقارب هذا المعنى فقال: «إن للخصومات قحماً وإنها لتحلف».

وإذا صح سماع الدعوى من وكيله مع حضوره، فسواء عرفه القاضي باسمه ونسبه أم لا. وإن كان الموكل غائباً عن الدعوى، فلا يخلو ثبوت الوكالة عند القاضي من: أن يكون ببينة، أو بإقرار. فإن كان ثبوتها ببينة تشهد على الموكل بها، لم يحكم بشهادتهم حتى يشهدوا بمعرفته على اسمه ونسبه، فحينئذ يحكم بصحة وكالته. وإن كان ثبوتها بإقرار الموكل بها، فإن كان القاضي يعرفه بعينه واسمه ونسبه صحت الوكالة منه وثبتت بإقراره عنده، وإن كان لا يعرفه لم يقبل ذلك منه إلا بشاهدين يشهدان على اسمه ونسبه لئلا يدعي نسب غيره.

فصل: وإذا ادعى رجل عند حاكم دعوى على رجل، فالمدعى عليه بالخيار بين: أن يحضر معه مجلس الحكم، وبين أن يوكل عن نفسه وكيلاً يحضر مع المدعي فيقوم حضور وكيله مقام حضوره، كما كان المدعي بالخيار بين: أن يدعي بنفسه، وبين أن يوكل عن نفسه من ينوب عنه في الدعوى. فإن أقام المدعي بينة وجب على المدعى عليه أن يخرج إليه من حقه، إما بنفسه أو باستنابه وكيله. فإن لم يقم بينة وسأل إحلاف المدعى عليه، وجب عليه حينئذ حضور مجلس الحكم لليمين، لأن الوكيل لا ينوب عنه فيها.

فصل: فإذا وكل المدعي رجلاً بطلب دين قامت به البينة، فادعى المطلوب أن الموكل قد أبرأه واستوفاه وأراد يمينه، قيل له: إذا ما ثبت عليك، ثم اطلبه بعد ذلك باليمين إذا وجدته، وليس لك أن تحبس ما ثبت عليك من الحق بما استحدثته من الدعوى. فإن سأل إحلاف المدعي بالله لقد شهد شهوده بحق، لم يحلف على ذلك لما فيه من جرح الشهود؛ ولأن ما ادعاه من البراءة والاستيفاء لا ينافي صحة الشهادة. ولكن يحلف بحسب ما ادعاه المطلوب من البراءة والاستيفاء.

فصل: وإذا ادعى رجل عند الحاكم أنه وكيل فلان الغائب عليه، فصدقه الخصم على الوكالة، ولم يقم بها بيّنة، فلا يخلو حال المدعي للوكالة من أمرين:

أن يدّعي الوكالة في المخاصمة، أو يدّعي الوكالة في قبض مال. فإن ادعى الوكالة

في قبض مال، لم تسمع دعواه. وإن صدقه الخصم، فلا يجب على الخصم دفع المال إليه، وسواء كان المال عيناً أو ديناً.

قال أبو حنيفة: إن كان المال عيناً لم يلزمه دفعه، وإن كان ديناً لزمه، وسيأتي الكلام عليه مع المزني في موضعه.

وإن ادعى الوكالة في المخاصمة فمذهب الشافعي: أن الحاكم لا يقبل ذلك منهما، ويسمع تخاصمهما، لأن إقرار الوكيل على موكله غير مقبول، فلم يكن إضرار به؛ وإنما هو إقامة بينة على المطلوب يجوز مع حضور الوكيل وغيبته.

فصل: وإن اجتمع الخصمان على أن وكّلا رجلاً واحداً، وكان توكيل كل واحد منهما في مخاصمة صاحبه، فإن كان ذلك في أمرين مختلفين جاز، وإن كان في أمر واحد ففيه قولان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: إنه جائز. لأنه إنما يثبت على كل حال منهما حجة صاحبه.

والقول الثاني: وهو الصحيح: إنه لا يجوز، لأنه يصير وكيلاً في تحقيق قول كل واحد منهما مع ما ينافيه، فيعارض بعض قوله بعضاً. ولأنه يصير مخاصم نفسه، لأنه يقوم لكل واحد منهما مقام نفسه.

فصل: وإذا أوكل الرجل رجلاً في مخاصمة رجل عند قاضٍ، لم يكن له أن يخاصمه عند غيره من القضاة، ولا له إن عزل القاضي أن يخاصمه عند المولى مكانه. ولو أطلق ذكر القاضي ولم يعينه، جاز أن يخاصم عند من صلح أن ينظر بينهما من القضاة.

فلو وكله في مخاصمة كل خصم يحدث له، وقد اختلف أصحابنا في صحة الوكالة على وجهين:

أحدهما: وهو قول البصريين: إنها وكالة باطلة، لما يتضمنها من الجهالة بالموكل فيه، وإنها على غير شيء في الحال.

والوجه الثاني: وهو قول البغداديين ومذهب أهل العراق: إنها وكالة جائزة، لأن الوكالة من العقود الجائزة، فلم تبطل بالجهالة. ولما اتفقوا عليه من جواز الوصية بالحادث المجهول.

فصل: وإذا قال الموكل لوكيله: قد وكلتك في استيفاء مالي على زيد، فمات زيد، جاز للوكيل أن يستوفيه من وارثه.

فلو قال: قد وكلتك في استيفاء مالي من زيد فمات زيد، لم يجز للوكيل أن يستوفيه من وارثه.

والفرق بينهما: أن الأمر باستيفائه من زيد متوجه إلى المال، فجاز أن يستوفيه من ورثته، والأمر باستيفائه من زيد يتوجه إلى زيد أن يكون هو المستوفى منه، فلم يجز أن يستوفيه من غيره.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ وَكَّلَهُ بِخُصُومَةٍ، فَإِنْ شَاءَ قَبِلَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ. فَإِنْ قَبِلَ، فَإِنْ شَاءَ فَسَخَ وَإِنْ شَاءَ ثَبَتَ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وعقد الوكالة إرفاق ومعونة في العقود الجائزة دون اللازمة، لأن ما لزم من عقود المنافع افتقر إلى مدة يلزم العقد إليها، وصفة العمل الذي يتسوفي بها كالإجارة، فإذا لم يلزم تقريرها بمدة الاستيفاء ما تضمنها من صفة، دل على جوازها دون لزومها. وسواء كانت تعليقاً أو بعوض، إلا أنها إن كانت تطوعاً فهي معونة محضة، وإن كانت بعوض فهي في معنى الجعالة.

وإذا وكَّل رجلاً، فالوكيل بالخيار بين: قبول الوكالة، وردّها. وقبوله إن قبل على التراخي دون الفور، على ما مضى. فإذا قبلها فهو بالخيار: إن شاء ثبت على الوكالة، وإن شاء فسخها. وسواء كان ذلك قبل شروعه في المخاصمة والعمل أو بعده، وسواء كان الموكل حاضراً أو غائباً.

وقال مالك: إن كان في رجوعه إضرار بالموكل، لم يكن له الرجوع إلا بحضوره. وإن لم يكن فيه إضرار، جاز له الرجوع بغير حضوره.

وقال أبو حنيفة: إذا شرع في الخصومة لم يكن له أن يفسخ إلا بحضور الموكل، استدلالاً بأن شروع الوكيل في المخاصمة حق للموكل، فلم يجز له أن يخرج منه إلا إلى مستحقه، كالوديعة لـيس له، وإن لم يلزمه استدامتها أن يخرج منها إلى مستودعه.

ودليلنا: هو أن كل من لم يكن رضاه معتبراً في دفع العقد، لم يكن حضوره معتبراً في رفعه، كالمطلقة طرداً وكالإقالة عكساً. وكان كل من صح منه فسخ الوكالة بحضور صاحبه، صح منه أن ينفرد بفسخها كالموكل. ولأنه عقد وكالة يصح من الموكل أن ينفرد

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٠.

بنفسه، فصح من الوكيل أن ينفرد بفسخه، كالوكالة التي لم يشرع الوكيل في المخاصمة بها.

ولأن عقد الوكالة لا ينفك من أن يكون كالعقود اللازمة، فلا يجوز لأحدهما أن يفسخ إلا برضا صاحبه كالبيع. أو يكون كالعقود الجائزة، فيجوز أن ينفرد بفسخه كالجعالة. فلما لم يكن الرضا فيه معتبراً، كان التفرد بفسخه جائزاً.

فأما استدلالهم بأن في الخروج منه إلى غير مستحقه إضاعة لحقه كالوديعة. فليس بصحيح، لأنه لا يضيع بالخروج منها حقاً، كالمودع الذي بيده مال يلزمه أداء الأمانة فيه برده إلى مستحقه؛ ويجوز له أن يدفعه إلى الحاكم عند تعذره، وكذلك الوكيل لوكان بيده مال.

فصل: فإذا ثبت أن لكل واحد من الوكيل والموكل أن ينفرد بالفسخ، فسخ الوكيل بمجرد القول: إني قد فسخت الوكالة، أو خرجت منها. سواء علم الموكل بالفسخ أو لم يعلم، أشهد على نفسه أو لم يشهد. فأما فسخ الموكل ففيه قولان:

أحدهما: أن يكون بمجرد القول: إني قد فسخت الوكالة، أو عزلت الوكيل عنها، أو أخرجته منها، وسواء أعلم به الوكيل، أم لا.

والقول الثاني: أنه لا يصح منه الفسخ إلا بقوله، وإعلام الوكيل بفسخه. فمتى لم يعلم، فهو على صحة الوكالة فيما عقده الموكل له وعليه. وهذا قول أبي حنيفة، لأنه لما كان علمه معتبراً في عقدها، وجب أن يكون علمه معتبراً في حلها. ودليل ذلك القول الأول وهو أقيس شيئان:

أحدهما: أنه لما لم يكن علم الموكل معتبراً في فسخ الوكالة، لم يكن علم الوكيل معتبراً في فسخ الوكالة.

والثاني: أن كل عقد جاز لأحد المتعاقدين رفعه بغير رضا صاحبه، جاز له رفعه بغير علمه. كالنكاح يجوز رفعه بالطلاق بغير علم المطلقة، ولا يجوز أن يعتبر حال الفسخ بحال العقد لأمرين:

أحدهما: فساده بفسخ الوكيل.

والثاني: أنه لما كان رضاه معتبراً، كان علمه معتبراً. وليس كذلك الفسخ.

فصل: وإذا وكّل الرجل وكيلين في الخصومة، لم يسمع القاضي الخصومة إلا منهما حتى يوكلهما وكيل واحد منهما. فلو عزل الموكل أحدهما، لم يكن للآخر أن ينفرد بالخصومة إلا بتجديد إذن التفرد فيها.

فلو وكلهما على الاجتماع والانفراد، ثم عزل أحدهما ولم يعين، ففيه وجهان:

أحدهما: أن كل واحد منهما على جواز تصرفه، ما لم يعلم أنه المعزول بعينه.

والوجه الثاني: أن كل واحد منها ممنوع من التصرف، خوفاً من أن يكون هو المعزول بعينه.

فصل: وإذا وكّل الرجل رجلاً في دعوى دار ثم عزله الموكل عنها، فجاء الوكيل ليشهد لموكله، فإن كانت شهادته بعد أن خاصم المدعى عليه فيها، لم تقبل شهادته؛ لأنه صار فيها خصماً. وإن كانت شهادته قبل الخصومة فيها، ففي قبول شهادته بها قولان حكاهما ابن سريج تخريجاً:

أحدهما: أنها غير مقبولة، لأنه بعقد الوكالة قد صار خصماً.

والقول الثاني: أنها مقبولة، لأنه ما لم يخاصم لم يصر خصماً.

وعلى هذا يكون الجواب لو ادعى الوكيل الدار لنفسه. فإن كان بعد أن ادعاها لموكله، لم يجز. وإن كان قبل الدعوى وبعد قبول الوكالة، فعلى ما مضى من القولين والله أعلم.

مسألة: قَالَ المزني: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ ثَبَتَ وَأَقَرَّ عَلَى مَنْ وَكَّلَهُ لَمْ يَلْزَمْهُ إِقْرَارُهُ، لأَنَّهُ لَمْ يُوَكِّلْهُ بِالإِقْرَارِ وَلاَ بِالصُّلْحِ وَلاَ بِالإِبْرَاءِ، وَكَذَلِكَ قَالَ الشَّافِعِيُّ رضي الله عنه)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا وكله في المخاصمة، فأقر على موكله، لم يلزمه إقراره، وسواء أقرّ عليه في مجلس الحكم، أو غيره.

وقال أبو حنيفة: إن أقر الوكيل على موكله في مجلس الحكم، لزمه إقراره. وإن أقر عليه في غيره لم يلزمه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٠.

وقال أبو يوسف: إقراره عليه لازم في مجلس الحكم وغيره، واستدل على لزوم إقراره لموكله، بقول علي بن أبي طالب رضي الله عنه حين وكل أخاه عقيلاً: «وهذا عقيل ما قضي عليه فعليَّ وما قضي له فلي». فجعل القضاء على الوكيل قضاء على الموكل، وإقرار الوكيل يوجب القضاء عليه، فكذلك على موكله. ولأن في التوكل بالمخاصمة إذناً بها وبما تضمنها. وقد يتضمن الإقرار تارة، والإنكار تارة، فصار الإقرار من متضمن إذنه فلزمه. ولأن الوكيل قائم موكله في الجواب، والجواب قد يكون تارة إقراراً وتارة إنكاراً، فلما قام إنكاره مقام إنكار موكله، وجب أن يقوم إقراره مقام إقرار موكله.

وتحريره أنه أحد جوابي الدعوى، فجاز أن يقوم فيه مقام موكله كالإنكار. ولأنه ممن يملك القبض، فوجب أن يملك الإقرار بالقبض كالموكل.

ودليلنا: هو: أن كل من ندب لاستيفاء الحق، لم يكن له إسقاط الحق كالوصي. ولأن كل ما لم يملكه الوكيل من إسقاط الحق في غير مجلس الحكم، لم يلزمه في مجلس الحكم، كالإبراء طرداً والقبض عكساً. ولأن ما لم يصح من الوكيل الإبراء منه، لم يصح منه الإقرار به، كالجناية. ولأن كلّ من يصح إقراره مع النهي، لم يصح إقراره مع الترك، كالمحجور عليه.

فأما الجواب عن حديث علي عليه السلام فليس بقضاء على الوكيل بإقراره على موكله، فلم يصر ذلك لموكله.

وأما ادعاؤهم أن المخاصمة تتضمن إقراراً وإنكاراً، فغير صحيح، بل يتضمن من جهة الوكيل الإنكار لما عليه من المعونة وحفظ الحق، ومن جهة الموكل الإقرار والإنكار.

وأما قولهم: إنه لما قام في الإنكار مقام موكله، وجب أن يكون في الإقرار بمثابته. فالجواب عنه: إن في الإنكار معونة لموكله وحفظاً لحقه، فصح من الوكيل. وفي الإقرار معونة على موكله، وإسقاط لحقه، فلم يصح من الوكيل.

وأما قياسهم على الموكل فالمعنى فيه: أنه لما ملك الإبراء ملك الإقرار، ولما لم يملك الوكيل الإبراء لم يملك الإقرار.

فصل: فإذا ثبت أن إقرار الوكيل غير لازم لموكله، فقد صار بالإقرار خارجاً عن الوكالة فيما أقر به. فأما إبراء الوكيل فغير لازم للموكل، ولا يصير خارجاً من الوكالة فيما أبرأ منه.

والفرق بين الإبراء والإقرار: أن مضمون إقراره أن موكله ظالم في مطالبته، فلم يجز له أن يطالب بما يقر بأنه ظلم، وليس في إبرائه اعتراف بظلم موكله، فجاز أن يطالب.

فلو صدق للموكل وكيله في إقراره عليه، صار بالتصديق مقراً بإقرار الوكيل. فلو قال الموكل: كل ما أقر به الوكيل عليَّ فهو صادق فيه، لم يلزمه ما أقر به الوكيل للجهالة به.

وهكذا لو قال: ما شهد به فلان عليَّ فهو صادق فيه ولازم لي، لم يلزمه ما شهد به فلان عليه إلا أن يكون عدلاً، ويشهد معه شاهد آخر فيصير بينة يلزمه ما شهد عنه به، صدق أو كذب.

وهكذا ليس للوكيل أن يصالح على ما وكّل في المطالبة به، لأن الصلح إما أن يكون بيعاً ولا يجوز بيعه إلا بإذن موكله، أو يكون إبراء فلا يصح ولم يلزم إقرار الوكيل، لأنه لا يملك.

فصل: فإذا وكله في الإقرار عنه، فإن لم يذكر القدر الذي يقر به ويصفه، لم يصح التوكيل فيه، ولم يكن إقراره لازماً للموكل. وإن ذكر قدره وصفته، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: إنه لا يصح التوكيل فيه، ولا يجوز إقرار الوكيل به، لأن الأمر بالإقرار لا يكون من الآمر إقراراً، كما لم يجعل قول النبي ﷺ لعمر: «مُرْهُ فليراجعها»[1] أمراً من النبي ﷺ، وجعله أمراً من عمر، ولا يكون المأمور إلا خيراً، فلم يلزم إلا بشهادة آخر معه إذا كانا عدلين.

والوجه الثاني: أنه تصح الوكالة فيه ويلزم الإقرار به، لأن الإقرار إخبار بإسقاط الحق. فلما صحت الوكالة بإسقاط الحق بالإبراء، كان جوازها في الأخبار بسقوطه أولى. ولأن فعل الوكيل مقصور على أذن موكله، فلما صح توكيله في الإنكار لأجل إذنه، صح في الإقرار لأجل إذنه.

---

(١) حديث ابن عمر: أنه طلق إمرأته وهي حائض، فسأل عمر بن الخطاب رسول الله ﷺ، فقال رسول الله ﷺ: «مرْهُ فليراجعْها ثم ليمسكها حتى تطهر، ثم تحيض، ثم تطهر...».
أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٥٧٦ والشافعي في مسنده ٢/ ٣٢ ـ ٣٣ والبخاري في الطلاق (٥٢٥١) ومسلم في الطلاق (١٤٧١) (١) وأبو داود (٢١٧٩) و (٢١٨٠) و (٢١٨١) والنسائي ١٣٨/٦ والبيهقي ٧/ ٣٢٣ وأحمد ٢/ ٦٣ والبغوي (٢٣٥١) وستأتي المسألة في أبواب الطلاق.

فعلى هذا، هل يلزم الإقرار بمجرد الوكالة فيه، أم بإقرار الوكيل به؟ على وجهين:

أحدهما: يصير الإقرار لازماً بأمر الموكل به، سواء أقر به الموكل أم لا، لأن الإقرار أخبار، وأمره يتضمن الإخبار. فعلى هذا، يجوز للوكيل أن يشهد على موكله بما وكله في الإقرار به.

والوجه الثاني: أنه لا يصير إقراراً لازماً إلا بإقرار الوكيل بعد أمر الموكل، لأن مجرد الأمر بالإقرار لا يكون إقراراً حتى يتعقبه الإقرار. فعلى هذا، لا يجوز للوكيل أن يشهد على الموكل فيما وكله بالإقرار له.

فصل: فأما إذا وكله في الإبراء، فإن لم يذكر المبرأ ولا القدر الذي يقع منه الإبراء، لم يصح التوكيل فيه. وإن ذكر المبرأ والقدر الذي يبرأ منه وصفته، صحت الوكالة فيه، ولا يقع الإبراء منه بأمر الموكل به حتى يبرأ منه الوكيل وجهاً واحداً؛ لأنه ابتداء أسقاط وليس بأخبار كالإقرار.

فلو وكله في إبراء نفسه من حق موكله، لم يجز أن يصير مبرئاً لنفسه بنفسه، لأنه يصير نائباً لنفسه في ديون موكله، ولأن الإبراء يقتضي مبرئاً ومبرءاً. وفيه وجه آخر قاله بعض أصحابنا: إنه يجوز كما يجوز أن يجعل إلى زوجته طلاق نفسها.

فأما إذا وكله في شراء سلعة وصفها بثمن من جملة دين له في ذمة وكيله، فاشترى الوكيل تلك السلعة لموكله بثمن وزنه من جملة دينه، صحَّ وبرىء الوكيل من ذلك القدر الذي اشتراها به. فإن تلفت السلعة فهي تالفة من مال الموكل، والوكيل بريء من ثمنها. وسواء كان ما وكّل في ابتياعه معيناً، أو موصوفاً.

وقال أبو حنيفة: إن كان معيناً برىء من ثمنه، وإن تلف. وإن كان موصوفاً، لم يبرأ من ثمنه إذا تلف.

وهذا خطأ، لأن الوكيل مقرر للثمن عن إذنه، فاستوى حكم الموصوف والمعين.

فصل: فأما إذا وكله في الصلح، فإن كان صلحاً يجري مجرى البيع جاز إطلاق القدر فيه، وكان معتبراً بما لا يتغابن الناس بمثله، كالتوكيل في البيع يصح مع إطلاق الثمن بما يعتبر فيه من ثمن المثل الذي لا يتغابن الناس به.

وإن كان صلحاً يجري مجرى الإبراء، لم يجز إلا بذكر القدر الذي يصالح عليه، كما

لا يصح التوكيل في الإبراء إلا بذكر القدر الذي يبرأ منه. فلو وكله أن يصالح بنفسه، كان على ما ذكرنا من الوجهين في توكيله لإبراء نفسه.

فلو وكله أن يهب لزيد ما رأى من أمواله، لم يجز للجهل به. فلو وكله في هبة شيء بعينه معلوم من ماله، كان جائزاً. ولو وكله في هبة ذلك لنفسه، كأن على الوجهين. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ وَكَّلَهُ بِطَلَبِ حَدٍّ لَهُ أَوْ قَصَاصٍ، قُبِلَتِ الوكَالَةُ عَلَى تَثْبِيتِ البَيِّنَةِ. فَإِذَا حَضَرَ الحَدُّ أَوِ القَصَاصُ لَمْ أَحُدَّ وَلَمْ أَقُصَّ حَتَّى يَحْضُرَ المَحْدُودَ لَهُ وَالمُقَصُّ لَهُ، مِنْ قِبَلِ أَنَّهُ قَدْ يُقِرُّ لَهُ وَيُكَذِّبُ البَيِّنَةَ، أَوْ يَعْفُو فَيُبْطِلُ الحَدُّ وَالقَصَاصُ)[1].

قال الماوردي: أعلم أن الوكالة على تثبيت الحدود والقصاص جائزة، وهو قول جمهور الفقهاء.

وقال أبو يوسف لا يجوز الوكالة في إثبات حدٍّ، استدلالاً بأن ما لا تجوز الوكالة في استيفائه لم تجز الوكالة في إثباته، كحدود الله تعالى.

ودليلنا: هو أنه حق الآدمي يجوز التوكيل فيه مع حضور الموكل، فجاز مع غيبته كسائر الحقوق. ولأن من جاز توكيله في غير الحدود، جاز توكيله في الحدود، كالحاضر.

وأما قياسه على حدود الله تعالى، فالمعنى فيها: إدراؤها بالشبهات، فلم يجز تأكيدها بالتوكيل، وليس كذلك حقوق الآدميين.

فصل: فإذا ثبت جواز الوكالة في إثبات القصاص وحد القذف، فلا يخلو حال الموكل من ثلاثة أحوال:

أحدهما: أن ينهاه في الوكالة عن استيفاء الحد والقصاص بعد إثباته، فلا خلاف أنه لا يجوز له بعد ثبوته أن يستوفيه.

والحال الثانية: أن يطلق ذكر الإثبات ولا يذكر الاستيفاء بالنهي عنه، ولا بالأمر به، فمذهب الشافعي وأبي حنيفة وجمهور الفقهاء: أنه لا يجوز للوكيل أن يستوفيه.

وقال ابن أبي ليلى: يجوز له استيفاءه ما لم ينه عنه، استدلالاً بأنه مقتضى الإثبات،

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٠.

فجاز فعله مع إطلاق الوكالة، كالموكل في بيع يجوز للوكيل فيه أن يقبض ثمنه بإطلاق الإذن. وهذا خطأ، لأن إثبات القصاص لا يقتضي تفويته إلا بالاستيفاء، كوصي اليتيم وأب الطفل. ولأنه لو كان استيفاء القصاص من موجبات إثباته، لكان من شروط وكالته، فلما جاز له تركه، دلَّ على أنه ليس له فعله.

فأما البيع، فالقبض من موجباته ولوازمه، وخالف حال الاستيفاء للقصاص مع ما في القصاص من فوات الاستدراك.

فصل: والحال الثالثة: أن يوكله في الحد والقصاص بعد إثباته. فإن كان الموكل حاضراً عند استيفائه صحت الوكالة، وإن كان غائباً فظاهر كلام الشافعي هاهنا: أنه لا يجوز. وقال في كتاب الجنايات ما يدل على جوازه وهو قوله: ولو أذن له أن يقتصي فتنحى به ثم عفا الموكل وقتل الوكيل من غير أن يعلم به، ففيه قولان.

فاختلف أصحابنا، فكان أكثرهم يخرجون المسألة على قولين لاختلاف قوله في الموضعين:

أحدهما: أنه لا يجوز، احتياطاً للدماء في فوات استداركها إن حدث من الموكل عفو عنها، وأنه إن حضر كان أرق قلباً في العفو عنها.

والقول الثاني: وهو أصحهما: أن ذلك جائز، لأن ما صح فيه التوكيل مع حضور الموكل، صح فيه التوكيل مع غيبة الموكل، قياساً على تثبيت القصاص. ولأن ما صح التوكيل في إثباته، صح التوكيل في استيفائه كالأموال.

وقال آخرون منهم أبو إسحاق المعوذي: إن التوكيل في استيفائه يجوز قولاً واحداً على ما ذكرنا، وحمل ما اقتضاه ظاهر كلامه هاهنا: على المنع، إذا كان التوكيل في إثباته وحده.

وقال آخرون: بل لا يجوز قولاً واحداً، وحملوا كلام الشافعي في الجنايات على جوازه مع حضور موكله. وإن معنى قوله: فتنحى به، عن قرب موكله إلى حيث يستوفى له على بعد منه، وهو شاهده، فيمكن بالمشاهدة والحضور استدراك عفوه، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَيْسَ لِلْوَكِيلِ أَنْ يُوَكِّلَ إِلاَّ أَنْ يَجْعَلَ ذَلِكَ إِلَيْهِ المُوَكِّل)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٠.

قال الماوردي: إعلم أن ما تضمنته الوكالة من العمل ضربان: ضرب يمكنه التفرد بعمله. وضرب لا يمكنه التفرد بعمله.

فأما ما لا يمكنه التفرد بعمله: فكرجل وكِّل في نقل حمولة، أو في عمارة ضيعة أو بناء دارٍ، فيجوز أن يوكل فيه من يعمل معه، ما لم ينه عنه صريحاً. ويكون الثاني والأول وكيلين للموكل، لا ينعزل الثاني بعزل الأول. وهكذا لو وكل فيما يمكن الواحد أن ينفرد به، إلا أن الوكيل لا يحسن عمله ولا يعرف صنعه، كرجل وكل في نساجة ثوب وهو لا يحسن النسج، أو في صياغة حلى، فيجوز له أن يوكل ويستنيب في عمله، ويكون معنى توكيله فيه وهو لا يحسن الصنعة: استنابته في توكيل من يحسنها.

وهكذا لو وكِّل فيما لم تجر عادته بفعله، وإن كان يحسنه، كرجل وكِّل في النداء على ثوب، ولم تجر عادته بالنداء، أو وكل في غسلٍ ولم تجر عادته بالغسل، فيجوز له اعتباراً بالعرف فيه أن يوكل فيما وكل من جرت عادته به.

فصل: وإن كان ما وكل فيه يمكنه التفرد به وعادته جارية بعمله، كرجل وكل في الخصومة وهو من أهلها، أو وكل في عقد البيع وهو ممن يصح منه العقد، أو وكل في اقتضاء دين أو مقاسمة خليط وهو من أهل القسمة وأصحاب الاقتضاء، فلا يخلو حال الموكل معه من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن ينهاه في عقد وكالته عن توكيل غيره، فلا يجوز له مع النهي أن يوكل غيره، فإن فعل كان توكيله باطلاً. وهذا متفق عليه.

والحال الثانية: أن يأذن له في عقد وكالته في توكيل غيره واستنابته، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن ينصبه على توكيل رجل بعينه، فليس للوكيل توكيل غيره، وسواء كان من عين الموكل عليه أميناً عدلاً، أو كان خائناً فاسقاً، لأن اختيار الموكل واقع عليه.

والضرب الثاني: أن لا ينصبه على توكيل رجل بعينه، ويقول: قد جعلت إليك الخيار، فوكل من رأيت. فعلى الوكيل إذا أراد التوكيل أن يختار ثقة أميناً كافياً فيما يوكل فيه، فإن وكل خائناً فاسقاً لم يجز، لأنه مما لا يرى توكيل مثله. فلو وكل ثقة أميناً صح توكيله، فإن حدث فسقه وطرأت خيانته فهل يجوز له عزله قبل استئذان الموكل في عزله أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: ليس له عزله إلا بتوكيل غيره حتى يستاذن في عزله.

والوجه الثاني: يجوز له عزله وإن لم يستأذن موكله، لأن إطلاق الإذن يقتضي توكيل ثقة عدل.

فإذا تقرر أن للوكيل أن يوكل إذا أذن له الموكل، فلا يخلو حال الموكل من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يأذن له أن يكون توكيله عن الموكل. فعلى هذا، يكون الوكيل الأول والثاني وكيلين للموكل، فإن عزل الأول كان الثاني على وكالته.

والثاني: أن يأذن له أن يكون توكيله عن الوكيل. فعلى هذا، يكون الوكيل الثاني وكيلاً للوكيل الأول، فإن عزل الموكل الوكيل الأول، انعزل الوكيل الثاني وبطلت وكالته.

والثالث: أن يكون إذنه في التوكيل مطلقاً من غير تصريح، ومن غير أن يكون عن الموكل أو عن الوكيل، فينظر فيه: فلو كان الموكل قد عين للوكيل على من يوكله، كان الثاني المعين وكيلاً للموكل دون الوكيل الأول، لأن في التعيين تنبيهاً عليه، وإن لم يعينه ففيه وجهان:

أحدهما: أنه يكون وكيلاً للموكل كالوكيل الأول، لا ينعزل بعزل الأول، لأن جواز توكيله معتبر بإذنه.

والوجه الثاني: أن يكون وكيلاً للوكيل دون الموكل، ينعزل بعزل الأول لأنه مفوض إلى رأيه. فعلى هذا ينعزل الثاني بأحد ثلاثة أمور:

إما بعزل الأول، وإما بعزل الأول له، وإما بعزل الموكل له.

وعلى الوجه الأول: لا ينعزل إلا بعزل الموكل وحده، وهذا إذا صرح الموكل لوكيله بالتوكيل. فأما إذا عرض له من غير تصريح كقوله: قد وكلتك وجعلت إليك أن تعمل برأيك أو ما صنعت في ذلك من شيء، فهو جائز. فهل يكون مطلق التفويض يقتضي جواز التوكيل، أم لا؟ على وجهين حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أنه يقتضيه، ويجوز له أن يوكل فيه اعتباراً بعموم التفويض.

والوجه الثاني: أنه لا يقتضيه، فلا يجوز أن يوكل غيره فيه، لأن ظاهر التفويض ينصرف إلى فعله، لا إلى فعل غيره.

فصل: والحال الثالثة: أن تكون الوكالة مطلقة لا يأذن له ولا ينهاه عنه، فمذهب الشافعي: أنه لا يجوز للوكيل أن يوكل. وقال أبو حنيفة: يجوز له أن يوكل لأمرين:

أحدهما: أنه لما أقامه فيه مقام نفسه، جاز له التوكيل فيه كما يجوز لنفسه.

والثاني: أن المقصود بوكالته حصول العمل الذي وكل فيه، فلا فرق بين أن يتولاه بنفسه وبين أن يستعين فيه بغيره لحصول العمل في الحالين لموكله. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن فعل الوكيل مقتصر على ما تضمنه الإذن من غير مجاوزة في التوكيل.

والثاني: أن الموكل يسكن في عمله إلى أمانة وكيله، فلم يجز أن يوكل من لم يسكن الموكل إلى أمانته، كالوديعة التي لا يجوز للموكل أن يودعها عند غيره، لأن المالك لم يرض إلا بأمانته.

فأما استدلاله بأن هذا أقامه مقام نفسه، فلعمري أنه كذلك في فعل ما وكل فيه، لا في غيره. ألا ترى أنه لا يجوز أن يهب ولا يبرىء، وإن كان للموكل أن يهب ويبرىء، لأنه لم يأذن له فيه، فكذلك في التوكيل.

وأما الجواب عن قولهم: بأن الغرض حصول العمل. فهو كذلك، لكن قد خصه وارتضى أمانته، كمن استأجر أجيراً بعينه لعمل لم يكن له أن يستأجر غيره في عمله، لأن قصد المستأجر إنما هو حصول العمل من جهة الأجير وفعله لا يفعل غيره، كذلك ههنا.

فصل: فأما القاضي إذا أراد أن يستخلف على عمله، فإن نهاه الإمام عن الاستخلاف، لم يكن له أن يستخلف، وإن أذن له صريحاً بالاستخلاف جاز له أن يستخلف. فإن لم يأذن له ولم ينهه، اعتبر حال عمله كما ذكرنا في الوكالة. فإن كان يمكنه أن ينفرد بالعمل بين أهل عمله، لم يجز له أن يستخلف فيه. وإن كان لا يمكنه لسعة عمله أن ينظر في جميع أهله، جاز له أن يستخلف فيما لا يقدر على النظر فيه. وهل يجوز أن يستخلف فيما يقدر على النظر فيه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز، لتمكنه وقدرته.

والثاني: يجوز، اعتباراً بباقي عمله، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ مَتَاعِهِ فَبَاعَهُ، فَقَالَ الوَكِيلُ: قَدْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ الثَّمَنَ، فالقولُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ)(١).

قال الماوردي: اعلم أن ما يدعيه الوكيل على موكله ينقسم ثلاثة أقسام:

قسم: يقبل فيه قول الوكيل.

وقسم: لا يقبلُ فيه قوله.

وقسم: اختلف قوله في قبول قوله فيه.

فأما القسم الأول: وهو ما يقبل فيه قول الوكيل على الموكل، فهو في رد ما ائتمنه عليه. وجملة الأيدي التي لا يتعلق بها ضمان، أنها على ثلاثة أقسام:

أحدها: ما يقبل فيه قول صاحبها في رد ما معه، وهو: من ائتمنه المالك على ماله في حق نفسه من غير نفع يعود في أمانته كالمودع. فقوله: في رد ما بيده من الوديعة على ربها مقبول، لأنه لما أقامه فيها مقام نفسه، وجب أن يكون قوله مقبولاً، كقوله على نفسه.

والثاني: من لا يقبل قوله، وإن كان أميناً في رد ما بيده، وهو: من يده لحق نفسه كالمرتهن، فلا يقبل قوله في رد الرهن على راهنه، لأنه ليس بنائب عنه، فلم يقبل قوله عليه.

والثالث: من اختلف أصحابنا في قبول قوله على مؤتمنه، وهو: من كان نائباً عن المالك، لكن لنفع يعود عليه في نيابته كالعامل في القراض والأجير المشترك، ففي قبول قولهم وجهان:

أحدهما: أن قولهم مقبول في رد ما بأيديهم لنيابتهم عن المالك، وهو أظهر الوجهين: وهو قول الجمهور.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي الطبري: ان قولهم غير مقبول في رد ما بأيديهم، لأن عود النفع إليهم يجعلهم كالمتصرفين في حق أنفسهم، فلم يقبل قولهم كالمرتهن. فإذا تقرر هذا للأصل، فالوكيل إن كان متطوعاً فقوله في رد ما بيده مقبول على موكله، وإن كان بأجرة ففي قبول قوله وجهان.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٠.

فهذا ما يتعلق بالقسم الأول مما يقبل فيه قول الوكيل على الموكل.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو ما لا يقبل فيه قول الوكيل على الموكل، فهو: أن يدعي عليه إذناً في تصرف كقول الوكيل: أمرتني ببيع كذا، أو بإعطاء زيد كذا، فينكر الموكل ذلك؛ فالقول قول الموكل دون الوكيل. لأنه في هذه الدعوى بمثابة مدعي عقد الوكالة، ومدعي الوكالة لا يقبل قوله في ادعائها. فكذلك مدعي الإذن، لا يقبل قوله في ادعائه.

وكذلك إذا اتفقا على الإذن واختلفا في صفته، كقول الوكيل: أمرتني بإعطاء زيد ألفاً. فقال: بل أمرتك بإعطائه ثوباً. وكقوله: أمرتني ببيع عبدك بألف، فقال: بل أمرتك بألفين، فالقول فيه قول الموكل، فلا يقبل فيه دعوى الوكيل إلا ببينة يقيمها على ادعائه، والبينة شاهدان عدلان لا غير، لأنها بينة في إثبات وكالة.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو ما اختلف قوله في قبول قول الوكيل فيه على موكله، فهو: أن يوكل في عمله، فيدعي الوكيل إيقاعه على الوجه المأذون فيه، وينكره الموكل. كتوكيله في بيع أو نكاح أو هبة أو عتق أو طلاق أو إقباض مال، فينكر الموكل ذلك مع تصديق البائع والمنكوحة والموهوب له والمطلقة والقابض والمعتق، ففيه قولان محكيان عن الشافعي، ووجهان ذكرهما ابن سريج.

فأحد قولي الشافعي: أن القول في جميع ذلك قول الموكل، إلا أن يقيم الوكيل بينة على ما ادعاه، والبينة عليه معتبرة بالمشهود فيه من كونه مالاً أو غير مال. وإنما كان القول قول الموكل لأنها عقود، فلم تلزم بمجرد الدعوى.

والقول الثاني: إن القول في جميع ذلك قول الوكيل، لأن الموكل لما أقامه مقام نفسه نفذ قوله عليه كنفوذ قوله على نفسه. فهذان قولا الشافعي المحكيان عنه.

وأما وجها أبي العباس، فإنه ذكر في كتاب الوكالة بعد حكاية قول الشافعي وجهين ذكر احتمالهما ونصر توجيهها:

أحد الوجهين: أنه إن كان ما أقر به الوكيل يتم به وحده كالعتق والطلاق والإبراء، كان قوله مقبولاً فيه، لأنه لما كان يصح من الوكيل في الحال، صح إقراره به في تلك الحال؛ وما كان بخلافه لم يقبل إقراره به.

والوجه الثاني: وهو الذي عول عليه واعتمد على نصرته: إن ما كان الإقرار به كإيقاعه قبل قوله فيه، وما كان بخلافه لم يقبل قوله فيه.

وهذان الوجهان إنما يكون للقول بهما وجه: إذا كان الوكيل عند الاختلاف باقياً على الوكالة. فأما مع عزله عنها، فلا وجه لتخريجهما، لما يقتضيه تعليل كل واحد منهما. والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفناه من هذه الجملة، كان الجواب في مسألة الكتاب محمولاً عليها، وصورتها: في من أمر وكيله ببيع متاعه وقبض ثمنه، فادعى الوكيل البيع وقبض الثمن وتسليمه إلى الموكل. فإن صدقه على البيع وقبض الثمن وأنكر أن يكون قبضه منه، كان قول الوكيل مقبولاً عليه، لكن مع يمينه؛ لأنه اختلاف في الدفع. ولو صدقه على البيع وأنكر قبض الوكيل الثمن من المشتري، فهو على قولين، لأن قول الوكيل يدعي عملاً ينكره الموكل. وإن كذبه في البيع وقبض الثمن، فهو على قولين أيضاً لما ذكرنا. والله أعلم.

فصل: وإذا أمر الرجل وكيله بشرى عبد، فقال الوكيل: اشتريته بألف، وقال الموكل: بل اشتريته بخمسمائة، فالقول قول الوكيل مع يمينه، دون الموكل.

وقال أبو حنيفة: إن كانت الألف بيد الوكيل لموكله، فالقول قول الوكيل مع يمينه في شرى العبد بالألف. وإن لم يكن بيده، فالقول قول الموكل.

وهذا ليس بصحيح، بل قول الوكيل أولى في الحالين لقبول قوله في أصل الشري، وكذا يقبل قوله في قدر أصل ثمنه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ طَلَبَ مِنْهُ الثَّمَنَ فَمَنَعَهُ مِنْهُ، ضَمِنَهُ إلَّا فِي حَالٍ لَا يُمْكِنُهُ فِيهِ دَفْعُهُ)(١).

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا حصل مع الوكيل ثمن ما باع لموكله، فطلبه منه فمنعه، فلا يخلو حال منعه في أحد أمرين:

إما أن يكون بعذر، أو غير عذر. فإن كان لعذر كحدوث مرض أو خوف يمنع من الوصول إلى موضع الثمن، أو لحضور فرض من جمعة، أو مكتوبة قد ضاق وقتها، أو لضياع مفتاح بديار غيره، أو لملازمة غريم له إلى ما جرى مجرى ذلك، فهذا عذر في تأخير الدفع، ولا ضمان عليه إن تلف قبل الدفع.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٠.

وإن منعه لغير عذر، صار ضامناً له، فإن تلف كان عليه غرمه. فلو منعه من دفعه حتى يشهد على نفسه بقبضه، فقد اختلف أصحابنا: هل له ذلك ويلزم الموكل الإشهاد على نفسه بالقبض، أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: وهو الصحيح: أنه ليس له ذلك، ولا يلزم الموكل الإشهاد على نفسه بالقبض، لأن قول الوكيل مقبول في الدفع. فعلى هذا، يصير بالمنع ضامناً، وعليه الغرم إن تلف.

والوجه الثاني: له الامتناع من الدفع إلا بالإشهاد ليسلم من اليمين مع الإكذاب. فعلى هذا، لا يصير بالمنع ضامناً، ولا غرم عليه إن تلف.

والوجه الثالث: وهو مذهب مالك: إنه إن قبض المال بالإشهاد، لم يدفع إلا بالإشهاد. وإن قبض بغير إشهاد، لزمه الدفع بغير إشهاد.

فأما من كان غير مقبول القول في الدفع، فلا يلزمه الدفع إلا بالإشهاد، وسواء كان ضامناً كالغاصب والمستعير، أو كان غير ضامن كالمرتهن.

فأما المضارب والأجير المشترك، فإن قلنا بأحد الوجهين: إن قوله في الدفع غير مقبول، لم يلزمهم الدفع إلا بالإشهاد. وإن قلنا بالصحيح من المذهب: إن قولهم في الدفع مقبول، ففي وجوب الإشهاد لهم ثلاثة أوجه على ما ذكرنا.

فصل: فأما إذا منع الوكيل موكله من الثمن مع القدرة على دفعه إن لو كان باقياً، وكان الثمن قد هلك قبل منعه، والوكيل غير عالم به، ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج: إنه ضامن لما يذهب إليه من أن الوديعة تضمن باعتقاد الامتناع من الرد.

والوجه الثاني: وهو الصحيح: إنه لا ضمان عليه لتلف ذلك قبل وجود السبب الموجب للضمان. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ أَمْكَنَهُ فَمَنَعَهُ، ثُمَّ جَاءَ لِيُوصِلَهُ إِلَيْهِ، فَتَلَفَ ضَمِنَهُ. وَلَوْ قَالَ بَعْدُ ذَلِكَ: قَدْ دَفَعْتُهُ إِلَيْكَ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ)**[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا منع الوكيل من دفع الثمن إلى موكله من غير عذر له

(١) مختصر المزني: ص ١١٠.

في المنع، صار ضامناً. فلو حمله بعد ذلك ليدفعه إليه، فتلف، كان عليه غرمه لأن ما صار مضموناً لزم غرمه بالتلف. فلو ادعى بعد امتناعه من الدفع بغير عذر أنه قد دفع الثمن إلى موكله لم يقبل قوله لتعلق الضمان بذمته.

فلو طلب الإشهاد على موكله بالدفع، لزمته ذلك. فلو أبرأه الموكل من الضمان، فإن كان بعد تلف الشيء في يده وتعلق الغرم بذمته، صحت البراءة، وإن كان مع بقاء الشيء المضمون في يد الوكيل، ففي صحة البراءة وجهان:

أحدهما: تصح كالابراء مما تعلق بذمته. فعلى هذا، إذا ادعى رده بعد ذلك قبل منه.

والثاني: أن البراءة منه لا تصح، لأنها عين مضمونة كالغصب لا يسقط ضمانه بالإبراء منه. فعلى هذا، إن ادَّعى رده لم يقبل منه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ صَاحِبُهُ لَهُ قَدْ طَلَبْتَهُ مِنْكَ فَمَنَعْتَنِي فَأَنْتَ ضَامِنٌ، فَهُوَ مُدَّعٍ أَنَّ الأَمَانَةَ تَحَوَّلَتْ مَضْمُونَةً، وَعَلَيْهِ البَيِّنَةُ وَعَلَى المُنْكِرِ اليَمِينُ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا منعه من دفع الثمن إليه حتى هلك، ثم اختلفا فقال الوكيل: منعتك معذوراً فلا ضمان عليَّ. وقال الموكل: منعتني غير معذور، فعليك الضمان. فالقول قول الوكيل مع يمينه، إذا كان ما قاله ممكناً، ولا ضمان عليه، لأنه على أصل أمانته، فلا تقبل دعوى الموكل عليه في انتقاله عن الأمانة إلى الضمان. وبالله التوفيق.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (قَالَ وَلَوْ قَالَ وَكَّلْتُكَ بِبَيْعِ مَتَاعِي وَقَبَضْتَهُ مِنِّي، فَأَنْكَرَ ثُمَّ أَقَرَّ، أَوْ قَامَتِ البَيِّنَةُ عَلَيْهِ بِذَلِكَ ضَمِنَ، لأَنَّهُ خَرَجَ بِالجُحُودِ مِنَ الأَمَانَاتِ)[2].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وصورتها: في رجل ادعى على رجل أنه وكله ببيع متاعه وأقبضه إياه، فأنكر المدعى عليه الوكالة وقبض المتاع، فالقول قوله مع يمينة لأنه منكر. فإن أقام المدعي بينة بالوكالة وقبض المتاع، صار ضامناً لأنه خرج بالجحود عن الأمانة، فصار كجاحد الوديعة. فلو ادعى بعد قيام البينة عليه تلفها أو ردها على مالكها، لم تقبل دعواه، لأن من ضمن مالاً لم يقبل قوله في ادعاء البراءة منه؛ ولأنه صار بالإنكار الأول مكذباً لهذه الدعوى منه.

(١) مختصر المزني: ص ١١٠.
(٢) مختصر المزني: ص ١١٠.

وهكذا لو عاد بعد إنكاره فأقر بقبض المتاع، فادعى تلفه أو ردّه، لم يقبل منه، وكان ضامناً له لقيام البينة عليه بقبضه. فلو أقام البينة برده على موكله، أو بتلف ذلك في يده قبل جحوده، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنها بينة مردودة، لأنه قد أكذبها بسابق إنكاره.

والوجه الثاني: وهو قول أبي القاسم الصيمري، وحكاه أبو حامد الإسفراييني: إن بينته مقبولة لتقدم ما شهد به على الجحود الموجب للضمان، والوجه الأول أصح.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: وَكَّلْتُكَ بِبَيْعِ مَتَاعِي فَبِعْتَهُ، فَقَالَ: مَا لكَ عِنْدِي شَيْءٌ، فَأَقَامَ البَيِّنَةَ عَلَيْهِ بِذَلِكَ فَقَالَ: صَدَقُوا وَقَدْ دَفَعْتُ إِلَيْهِ ثَمَنَهُ، فَهُوَ مُصَدَّقٌ لأَنَّ مَنْ دَفَعَ شَيْئاً إِلَى أَهْلِهِ فَلَيْسَ هُوَ عِنْدَهُ، وَلَمْ يُكَذِّبْ نَفْسَهُ فَهُوَ عَلَى أَصْلِ أَمَانَتِهِ وَتَصْدِيقِهِ»[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا ادعى عليه توكيله في متاع أقبضه إياه ليبيعه، فقال الوكيل: ما لك عندي شيء، أو ليس لك في يدي حق، فهذا جواب مقنع في الدعوى، والقول فيه قوله مع يمين لأنه منكر.

وكل من ادعى عليه مال في يديه وذكر المدعي سبب استحقاقه كالوديعة والغصب، فللمدعى عليه إذا كان منكراً أن يجيب بأحد جوابين:

إما أن يقول: ما أخذت منك هذه الوديعة، ولا غصبتك هذا المال.

وإما أن يقول: ما لك قبلي حق.

فكلا الجوابين مقنع في إنكار الدعوى، وعليه اليمين، وصفة إحلافه مختلفة بحسب اختلاف الجواب:

فإن كان جوابه بأن قال: ليس لك قبلي حق، أحلف على ما أجاب بالله أن ما له قبله حق، ولا يجوز للحاكم أن يحلفه ما أخذ وديعته أو ما غصبه؛ لأنه قد يجوز أن يكون قد ملكه عليه بعد الوديعة والغصب بهبة أو بيع استوفى ثمنه، فلا يكون له قبله حق، ويحنث إن حلف ما استودع، ولا غصب.

(١) مختصر المزني: ص ١١٠.

وإن كان جوابه أن قال: ما غصبتك، أو قال: ما أخذت وديعتك، فقد اختلف أصحابنا في صفة إحلافه على وجهين:

أحدهما: أنه يحلف بالله ما له قبله حق، احترازاً مما ذكرنا.

والوجه الثاني: أن يحلف على ما أجاب بالله ما غصبه ولا أخذ وديعته، لأن تركه الاحتراز في جوابه ينفي التوهم عنه فيما ذكرنا.

فصل: فإذا ثبت أن جوابه بما ذكرنا مقنع فحلف، ثم قامت البينة عليه بقبض المال، أو عاد فأقر به ثم ادعى تلفه أو رد ثمنه، لم يضمن، وكان قوله مقبولاً لأمرين:

أحدهما: أن ما ادعاه في الثاني مطابق لما أجاب به في الأول، لأن من رد الشيء على مالكه فليس له شيء في يده.

والثاني: أنه ليس له في جوابه الأول تكذيب الشهود. وبهذين المعنيين في هاتين المسألتين، فلو قامت عليه البينة في هذه المسألة بأن المتاع كان في يده بعد أن أجاب بأن لا شيء لك عندي، صار ضامناً، ولم يقبل قوله في الرد أو التلف؛ لأن هذا الجواب منه مع بقاء الشيء في يده كذب وجحود، فصار ضامناً.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَمَرَ المُوَكِّلُ الوَكِيلُ بدفع مالٍ إِلَى رَجُلٍ، فَادَّعَى أَنَّهُ دَفَعَهُ إِلَيْهِ، لَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ إِلاَّ بَيِّنَةٍ. الفصل)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل أمر وكيله بدفع مال إلى رجل، فادعى الوكيل الدفع، وأنكر المدفوع إليه القبض، فلا يخلو ذلك من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون ديناً في ذمة الموكل، فقول الوكيل في الدفع غير مقبول على المدفوع إليه، لأن الموكل لو ادعى دفعاً لم تقبل دعواه، فوكيله في دفعه أولى أن لا تقبل دعواه؛ ويكون صاحب الدين على حقه في مطالبة الموكل بدينه، وليس له مطالبة الوكيل به.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٠. وتتمة الفصل: «واحتجّ الشافعي في ذلك بقول الله تعالى: ﴿فإذا دفَعْتُم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم﴾ وبان الذي زعم أنه دفعه إليه ليس هو الذي ائتمنه على المال. كما أن اليتامى ليسوا الذين ائتمنوه على المال. وقال جلّ ثناؤه ﴿فإذا دفعتم إليهم أموالهم﴾ وبهذا فرّق بين قوله لمن ائتمنه: قد دفعته إليك، يقبل لأنه ائتمنه، وبين قوله لمن يأتمنه عليه: قد دفعته إليك، فلا يُقبل، لأنه الذي ليس ائتمنه».

فأما قبول قول الوكيل على الموكل، فلا يخلو حال الموكل: من أن يصدقه على الدفع، أو يكذبه.

فإن كذبه على ما ادعاه من الدفع، لم يقبل قوله عليه، وكان ضامناً له؛ لأنه إن كان أميناً له فقوله غير مقبول في الدفع إلى غيره. ألا ترى أن الوصي أمين للموصي، ولا يقبل قوله على اليتيم في دفع ماله إليه، لأنه يدعي دفعاً إلى غير من ائتمنه، ولذلك أمره الله تعالى بالإشهاد على اليتيم في دفعه ماله إليه بقوله ﴿فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ﴾[١] لأن غير الأيتام ائتمنوهم. وقال تعالى في غير الأوصياء ﴿فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾[٢] فأمره بأداء الأمانة إلى من ائتمنه من غير إشهاد، لأن قولهم في الدفع غير مقبول.

فإذا ثبت أن قول الوصي غير مقبول في دفع مال اليتيم إليه، وإن كان مؤتمناً، لأن الائتمان من جهة غيره. فكذا قول الوكيل غير مقبول في دفع المال إلى غير موكله، وإن كان مؤتمناً، لأنه دفع إلى غير مؤتمنة؛ إذ لا فرق بين أن يكون المؤتمن موصياً مات، أو موكلاً باقياً.

فأما إن صدّق الموكل وكيله في الدفع، فلا يخلو حال الموكل من: أن يكون حاضراً للدفع، أو غائباً عنه.

فإن كان غائباً عنه، فالوكيل ضامن مع تصديق الموكل، كما كان ضامناً مع تكذيبه. لأنه وإن صدقه على الدفع، فقد فرط بترك الإشهاد، لأن أمره بالدفع يقتضي دفعاً يبرئه من المطالبة، ولا يكون ذلك مع جواز الجحود إلا بالإشهاد، فصار الوكيل بترك الإشهاد مفرطاً، فيضمن به كما يضمن بالخيانة.

وإن كان الموكل حاضراً لدفع الوكيل، ففي وجوب الضمان على الوكيل وجهان:

أحدهما: لا ضمان عليه، والإشهاد غير لازم له، لأن الموكل إذا حضر كان هو المستوفى المستوثق لنفسه بالإشهاد، فلم يكن من الوكيل تفريط يضمن به.

والوجه الثاني: عليه الضمان ويلزمه في الدفع الإشهاد، لأن ما كان من شروط مع غيبة الموكل، كان من شروطه مع حضوره، وليس ما أنفق من حضور الموكل يسقط لحق الاستيثاق عن الوكيل.

---

(١) سورة النساء، الآية: ٦.
(٢) سورة البقرة، الآية: ٢٨٣.

فصل: والقسم الثاني: أن يكون الموضوع عيناً مضمونة في يد الموكل، كالعواري والغصوب، فيدعي الوكيل المأمور بالدفع أنه قد دفعها إلى ربها، وينكر ربُّها ذلك، فالقول قوله مع يمينه. وقول الوكيل غير مقبول على واحد منهما في الدفع، ولصاحب العارية والمال المغصوب أن يرجع على من شاء من الموكل والوكيل؛ بخلاف الدين الذي لا يرجع صاحبه على الوكيل، لأن الوكيل في قضاء الدين تثبت له يد على عين مال لرب الدين، وقد ثبت للوكيل في رد العارية والغصب يد على عين مال رب العارية والغصب، فكانت يد الوكيل في وجوب الضمان كالموكل. فإن رجع رب العارية بالغرم على الموكل، رجع الموكل به على الوكيل إن لم يصدقه على الدفع.

وإن صدقه وكان غائباً عن الدفع، رجع به أيضاً. وإن كان حاضراً، فعلى ما ذكرنا من الوجهين.

وإن رجع رب العارية بالغرم على الوكيل، لم يرجع الوكيل به على الموكل إن كذبه ولا إن صدقه وكان غائباً، وهل يرجع به إن كان حاضراً معه؟ على الوجهين.

فصل: القسم الثالث: أن يكون ذلك وديعة في يد الموكل، فلا يخلو حال رب الوديعة من أحد أمرين:

إما أن يكون قد أذن المودع أن يوكل في ردها، أم لا. فإن لم يأذن له في التوكيل في رد الوديعة عليه، فقول الوكيل غير مقبول في الرد، والمودع ضامن للوديعة.. وهل يكون الوكيل ضامناً لها أم لا؟ على وجهين مبنيين على اختلاف الوجهين في الوكيل في رد الوديعة: هل يجب عليه الإشهاد على ردها، أم لا؟ على وجهين:

وإن أذن له أن يوكل في ردها، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يصدقه على التوكيل، فيكون قول الوكيل في هذا مقبولاً على رب الوديعة في ردها عليه، لأنه صار وكيلاً له، وقول الوكيل مقبول على موكله.

والضرب الثاني: أن يكذبه في التوكيل مع اعترافه بالإذن فيه، فهل يقبل قول المودع في الوكالة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يقبل قوله، لأن التوكيل من جهته. فعلى هذا، تصح وكالة الوكيل عن رب الوديعة، ويصير قول الوكيل مقبولاً عليه في الرد.

والوجه الثاني: أن قول المودع غير مقبول في الوكالة، لأنه مدع عقد توكيل على غيره. فعلى هذا، لا يقبل قول الوكيل في الردِّ ويصير المودع ضامناً، وليس له إذا غرم الوديعة أن يرجع بها على الوكيل، لأن المودع مفرط بترك الإشهاد في التوكيل، فصار ضامناً لتفريطه، فلم يجز أن يرجع به على غيره.

فصل: القسم الرابع: أن يكون ذلك وديعة للموكل، ويأمر وكيله بإيداعها عند رجل، فيدَّعي الوكيل تسليمها إليه، فيكذب في دعواه، فلا يخلو ذلك من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكذبه المالك الموكل في الدفع، ويكذبه المودع في القبض، ففيه وجهان من اختلافهم في وجوب الإشهاد عليه عند الدفع:

أحدهما: يجب عليه الإشهاد، كما يجب عليه في قضاء الدين. فعلى هذا، يكون الوكيل بترك الإشهاد مفرطاً، وقوله في الدفع بعد ضمانه بالتفريط غير مقبول.

والوجه الثاني: أن الإشهاد لا يجب عليه في دفع الوديعة، لأن المودع عنده لو ادعى تلفها بعد الإشهاد عليه، كان مقبول القول فيه. فعلى هذا، لا يكون مفرطاً، وقوله في الدفع مقبول.

والقسم الثاني: أن يصدقه المالك الموكل، ويكذبه المودع، فلا ضمان على الوكيل. وقوله بتصديق الموكل مقبول عليه في سقوط الضمان عنه، وغير مقبول على المودع. فإذا حلف المودع ما تسلم منه الوديعة، بريء من الدعوى.

والقسم الثالث: أن يصدقه المودع على قبضها منه، ويدعي تلفها، ويكذبه المالك الموكل، فقول الوكيل مقبول، وهو من ضمانها بريء؛ لأن إقرار المودع بالقبض أقوى من الإشهاد عليه، فلما برىء بالإشهاد عليه فأولى أن يبرىء بالإقرار.

فصل: فأما ولي الطفل فيما يدعيه عليه من مال صرفه إليه، فلا يخلو من ثلاثة أقسام:

أحدهما: أن يكون أباً، أو أمين حاكم، أو وصي أب. فإن كان الولي أباً أو جداً يلي بنفسه، فهو مقبول القول على ولده إذا بلغ رشيداً فيما أنفقه عليه من ماله، وفيما دفعه إليه من ماله، لانتفاء التهمة عنه، فكان بقبول قوله على ولده أولى من وكيل الحي.

وإن كان الولي أمين حاكم، فقوله فيما أنفقه عليه مقبول، وفيما رده عليه من ماله غير مقبول، لما ندب إليه من الإشهاد عليه. وقال ابن المرزبان من أصحابنا البغداديين: إن قوله في رد ماله عليه مقبول كقبوله في النفقة.

وهذا خطأ، والفرق بين النفقة ورد المال من وجهين:

أحدهما: أن النفقة عليه في حال الصغر وحين الولاية يقبل قوله فيها، ورد ماله عليه بعد البلوغ والرشد فلم يقبل قوله فيه.

والثاني: أن الإشهاد على النفقة متعذر، فكان قوله فيها مقبولاً، والإشهاد على رد المال ممكن، فلم يقبل قوله فيه.

وهكذا حال ولي المحجور عليه بالسفه، يستوي فيه مال الأب وولي الحاكم، يقبل قوله في النفقة ولا يقبل في رد المال بعد الرشد. وإن كان ولي الطفل وصياً، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة وجمهور أصحابنا: إنه كأمين الحاكم يقبل قوله في النفقة، ولا يقبل قوله في رد المال، لأن ولايته بغيره.

والوجه الثاني: أنه كالأب مقبول القول في النفقة ورد المال، لأن الأب قد أقامه مقام نفسه. وهذا خطأ، لأن أمين الحاكم قائم مقام الحاكم، وقوله في رد المال غير مقبول، بخلاف الحاكم فكذا الوصي، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المُزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ جَعَلَ لِلْوَكِيلِ فِيمَا وَكَّلَهُ جَعَلاً فَقَالَ لِلْمُوَكِّلِ جُعْلِي قبلك، وَقَدْ دَفَعْتُ إِلَيْكَ مَالَكَ، فَقَالَ: بَلْ خُنْتَنِي، فَالجُعْلُ مَضْمُونٌ لاَ تُبَرِّئُهُ مِنْهُ دَعْوَاهُ الخِيَانَةَ عَلَيْهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. قد ذكرنا أن الوكالة تجوز بجعل وبغير جعل، ولا يصح الجعل إلا أن يكون معلوماً. فلو قال: قد وكلتك في بيع هذا الثوب على أن جعلك عشر ثمنه، أو من كل مائة درهم في ثمنه درهم، لم يصح للجهل بمبلغ الثمن، وله أجرة مثله.

فلو وكله في بيع ثوب بجعلٍ معلوم، فباعه بيعاً فاسداً، فلا جعل له لأن مطلق الإذن بالبيع يقتضي ما صح منه، فصار الفاسد غير مأذون فيه، فلم يستحق جعلاً عليه.

فلو باعه بيعاً صحيحاً وقبض ثمنه، وتلف الثمن في يده، فله الأجرة لوجود العمل.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٠ ـ ١١١.

وهذا بخلاف الصانع إذا استؤجر على خياطة ثوب أو قصارته فتلف في يده بعد عمله، فلا أجرة له إن كان مشتركاً.

والفرق بينهما: أن المقصود من الأجير تسليمه العمل المستحق في مقابلة العوض، فما لم يحصل التسليم لم يجب ما في مقابلته من العوض. والمقصود من الوكيل: وجود العمل المأذون فيه. فلو باع الوكيل الثوب فتلف الثوب في يده قبل تسليمه إلى مستحقه، بطل البيع، ولم يبطل جعل الوكيل؛ لأن بطلانه بمعنى حادث بعد صحته، فصار بالعمل موجوداً منه، وكان بخلاف وقوع البيع فاسداً.

فلو سلم الثوب إلى مشتريه وقبض ثمنه، فتلف في يده، ثم استحق الثوب في يد المشتري، كان البيع فاسداً وللوكيل جعله، لأن بطلانه ليس من جهة الوكيل، فصار مقصوده بالإذن مجرد العمل على وجه الصحة دون الصحة وقد وجد من الوكيل ذلك العمل.

أما رجوع المشتري بالثمن، فإن لم يعلم بالوكالة فله الرجوع على الوكيل، ويرجع الوكيل به على الموكل. وإن علم بالوكالة، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي حامد المروزي ذكره في جامعه: أنه يرجع به على الموكل دون الوكيل، لأنه مبيع عليه كالمبيع على المفلس.

والوجه الثاني: أن له أن يرجع على من شاء من الموكل والوكيل، لأن لكل واحد منهما في العقد تأثيراً.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من جواز الوكالة بالجعل واستحقاقه بعد العمل، فطالب الوكيل الموكل بجعله واستحقاقه بعد العمل، وادعى أنه قد باع ما وكل في بيعه، وأنه قد رد ثمنه على موكله، فللموكل حالتان:

حالة: ينكر العمل الذي ادعاه من البيع وقبض الثمن.

وحالة: يعترف به.

فإن أنكر الموكل ذلك، فالقول قوله مع يمينه، ولا جعل للوكيل إلا ببينة يقيمها عا البيع؛ سواء قبل قوله في البيع أم لا، لأنه يدعي عملاً يستحق به جعلاً، فلم يقبل قوله فر دعواه؛

وإن صدقه الموكل على ذلك وادعى دفع الجعل إليه، فالقول قول الوكيل مع يمينه، وله الجعل لأن الموكل مدع براءة ذمته من جعل تعلق بها.

فلو قال له الموكل بعد تصديقه على البيع: إنك خنتني في عملك بقدر جعلك فبرئت عنه بخيانتك، وأنكر الوكيل الخيانة، فالقول قول الوكيل مع يمينه أنه لم يخن، وله المطالبة بجعله لأمرين:

أحدهما: أن جعله ثابت، والموكل يدعي البراءة منه، فلم تقبل دعواه.

والثاني: أنه أمين لموكله، والموكل يدعي حدوث خيانة، فلم تقبل دعواه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَالاً يَشْتَرِي لَهُ بِهِ طَعَاماً، فَسَلَّفَهُ ثُمَّ اشْتَرَى لَهُ بِمِثْلِهِ طَعَاماً، فَهُوَ ضَامِنٌ لِلْمَالِ وَالطَّعَامِ لَهُ، لأَنَّهُ خَرَجَ مِنْ وَكَالَتِهِ بِالتَّعَدِّي، وَاشْتَرَى بِغَيْرِ مَا أَمَرَهُ بِهِ)[١].

قال الماوردي: إعلم أن لهذه المسألة مقدمة لا يستغنى عن شرحها وتقرير المذهب فيها، ليكون الجواب في المسألة مبنياً عليها. وهو: أن الرجل إذا وكّل رجلاً في ابتياع متاع له، فلا يخلو حاله من أحد أمرين:

إما أن يدفع إليه الثمن، أو لا. فإن لم يدفع الثمن إليه، جاز للوكيل أن يشتريه بثمن في ذمته ناوياً به أنه لموكله، فيكون الملك بالعقد واقعاً للموكل دون الوكيل.

وقال أبو حنيفة: يقع الملك بالعقد للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل، استدلالاً بأن ما ملكه الإنسان بعقد غيره وقع الملك للعاقد، ثم انتقل عنه إلى متملكه. كالشفعة يقع الملك إلى المشتري، ثم ينتقل عنه إلى الشفيع. ولأن الوكيل يلزمه الثمن بعقده، فوجب أن يقع له الملك بعقده، لأن الثمن في مقابلة المثمن. ولأنه لما كان من شروط العقد والافتراق معتبراً بالعاقدين، اقتضى أن يكون موجبه من الملك واقعاً للعاقدين.

ودليلنا: أن كل ما عقد الوكيل للموكل، اقتضى وقوع الملك بالعقد للموكل، كالنكاح. ولأن كل من ناب في العقد عن غيره، وقع الملك به للمعقود له دون عاقده، قياساً على ولي اليتيم وأب الطفل. ولأنه لما كان الوكيل في البيع لا يملك الثمن، ويكون

(١) مختصر المزني: ص ١١١.

الثمن بالعقد ملكاً للموكل، وجب أن يكون الوكيل في الشرى لا يملك المبيع المثمن، ويكون العقد بالملك للموكل.

وتحريره: أنه أحد المملوكين بالعقد، فوجب أن يملكه الموكل بالعقد قياساً على الثمن.

فأما الجواب عن استدلالهم بالشفعة، فمنتقض بولي اليتيم وأب الطفل. ثم المعنى في الشفيع: أنه يملك المبيع بالشفعة، دون العقد.

وأما الجواب عن استدلالهم بالثمن، فسنذكر من شرح المذهب فيه ما يكون انفصالاً عنه.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن تمام العقد بالمتعاقدين، فكذا موجبه في الملك واقعاً للمتعاقدين، فهو: أنه منتقض بالحاكم وولي اليتيم وأب الطفل وبعقد النكاح. وليس لهم استدلال في المسألة يسلم من الكسر.

فصل: فإذا ثبت أن الملك يكون واقعاً بالعقد للموكل دون الوكيل، فللوكيل حالتان:

إحداهما: أن يذكر اسم موكله في العقد فيقول: قد اشتريت هذا العبد لفلان بأمره، فيكون الثمن واجباً على الموكل. وهل يكون الوكيل ضامناً له أم لا؟ على وجهين حكاهما ابن سريج:

أحدهما: عليه ضمانه لأنه عاقد.

والثاني: لا يلزمه ضمانه، لأنه غير مالكه.

والحال الثانية: أن لا يذكر الوكيل اسم موكله في العقد، ولكن ينوي بقلبه أن الشرى لموكله. فعلى الوكيل ضمان الثمن بالعقد، وهل يصير الثمن واجباً على الموكل بالعقد أم لا؟ على وجهين حكاهما ابن سريج.

أحدهما: أنه يكون الثمن واجباً عليه بالعقد لوقوع الملك له بالعقد. فعلى هذا، يكون البائع بالخيار بين مطالبة الوكيل به، أو الموكل. فإذا أخذه من أحدهما، برئا معاً.

والوجه الثاني: أن الثمن غير واجب على الموكل بالعقد، وإنما يلزم الوكيل وحده لتفرده بالعقد. فعلى هذا، يطالب البائع الوكيل وحده بالثمن دون الموكل، وهل يستحق الوكيل الثمن على الموكل قبل أدائه أم لا؟ على وجهين حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أنه لا يستحقه عليه إلا بعد أدائه عنه، فإن أداه الوكيل عنه رجع به عليه حينئذ، وإن أبرأه البائع منه لم يرجع به على الموكل، فصار الموكل مالكاً للعبد بغير بدل.

والوجه الثاني: أن الوكيل قد استحق الثمن على الموكل بما وجب على الوكيل من ضمانه بالعقد، وله مطالبة الموكل به قبل أدائه، وإن أبرىء الوكيل منه لم يرجع به على الموكل. ولو دفع بالثمن عرضاً، رجع على الموكل بالثمن دون قيمة العرض. وعلى الوجه الأول: إذا دفع الوكيل بالثمن عرضاً، رجع على الموكل بأقل الأمرين من الثمن، أو قيمة العرض.

فلو أراد الوكيل أن يمنع الموكل من العبد إلا بعد قبض ثمنه، لم يكن له ذلك على الوجهين معاً، لأن البائع لم يبتعه منه.

فصل: فإن جحد الموكل إذنه للوكيل بالشرى، فالقول قوله مع يمينه، ما لم يقم عليه بينة به، ولا يلزم الشرى. ثم لا يخلو حال الوكيل: من أن يكون قد ذكر الموكل في عقد الشرى، أم لا.

فإن كان ذكره، نظر حال البائع: فإن صدق الوكيل على ما ادعاه من إذن الموكل كان البيع باطلاً، وإن كذب الوكيل فهل يصير الشرى لازماً للوكيل أم لا؟ على وجهين بناء على اختلاف الوجهين في الوكيل، هل يكون ضامناً للثمن مع تسمية الموكل له أم لا.

فإن لم يكن الوكيل قد ذكر موكله في عقد الشرى، نظر في حال البائع: فإن كذب الوكيل على ما ادعاه من إذن الموكل، فالشرى لازم للوكيل. وإن صدقه على الإذن، ففي بطلان العقد وجهان بناء على اختلاف الوجهين في الموكل. هل يصير مشاركاً للوكيل في التزام الثمن بالعقد؟.

فإذا قيل: يبطل الشرى، سقط الثمن عن الوكيل إن كان في ذمته، ورجع به على البائع إن كان قد أدّاه.

وإذا قيل: يلزم الشرى للوكيل، فهل يصير مالكاً للعبد المشترى أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه قد صار مالكاً له كسائر أملاكه، يملك كسبه وزيادة ثمنه.

والوجه الثاني: لا يملكه، وإنما يكون في يده ليستوفي من ثمنه ما أدّاه في ثمنه. فإن زاد الثمن، لم يملك الزيادة، ولا فاضل الكسب.

فصل: فأما أب الطفل وولي اليتيم إذا اشتريا شيئاً للطفل أو اليتيم، فإن لم يذكرا في العقد اسم الطفل، كان الأب والولي ضامنين للثمن، ولا يضمنه الطفل في ذمته، ويؤديا ذلك من ماله، وإن ذكر اسمه في العقد، لم يلزمهما ضمان، بخلاف الوكيل في أحد الوجهين.

والفرق بين الولي والوكيل: أن شرى الولي لازم للمولى عليه بغير إذنه، فسلم يلزم الولي ضمانه. وشرى الوكيل يلزم بإذن موكله، فلزم الوكيل ضمانه. فهذا أحد فصلي المقدمة.

فصل: فأما الفصل الثاني من المقدمة: وهو أن يدفع الموكل مالاً إلى وكيله ليشتري له عبداً به. فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يأمره أن يشتري بعين المال عبداً، فوجب على الوكيل أن يشتري العبد بعين مال موكله. فإن اشتراه في ذمته، لم يلزم للموكل، وكان الشرى لازماً للوكيل.

وقال أبو حنيفة: الوكيل بالخيار بين أن يشتري العبد بعين المال، وبين أن يشتريه في ذمته، وهو في كلا الحالين لازم للموكل، وبناءً ذلك على أصله: أن الدراهم والدنانير لا يتعينان عنده.

وهذا خطأ، لتعيين الدراهم والدنانير عندنا في العقود، كما تتعين في الغصوب. وقد دللنا على ذلك في كتاب البيوع، ولأن يد الوكيل كيد المودع، ومال الوديعة متعين، وكذا ما بيد الوكيل متعين. وإذا تعين ما بيده لموكله حتى لا يجوز أن يرد عليه عين ماله، وجب أن يكون الشري محمولاً على موجب إذنه.

والقسم الثاني: أن يأمره أن يشتري في ذمته ويفقد المال في ثمنه. فإن اشتراه في الذمة صح، وكان لازماً للموكل. وإن اشتراه بعين المال، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي علي الطبري ذكره في إفصاحه: إن الشري جائز، وهو للموكل لازم، لأن العقد على المعين أحوط.

والوجه الثاني: وهو اختيار أبي حامد الإسفراييني: أنّ الشري باطل، لا يلزم الوكيل، لأنه غير مالك للعين، ولا يلزم الموكل لأن الوكيل قد فوت عليه غرضاً، لأن العقد في الذمة لا يبطل بتلف الثمن؛ فصار فعل الوكيل مخالفاً لأمر الموكل. فلو امتثل الوكيل أمر موكله واشترى العبد بثمن في ذمته، ثم نقد الثمن من عنده برىء الوكيل

والموكل منه؛ ولم يكن للوكيل أن يرجع على الموكل، لأن أمره بنقد هذا المال في الثمن يقتضي نهياً عن نقده من غيره.

والقسم الثالث: أن يطلق الإذن في الشري عند دفع المال، فيقول: خذ هذا المال فاشتر لي عبداً، فقد اختلف أصحابنا: هل يكون إطلاقه مقتضياً للتعيين، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي علي الطبري: إنه يقتضيه، لأن تقديم الثمن على العبد شاهد فيه. فعلى هذا، إن اشترى في ذمته، كان الشري لازماً للوكيل دون الموكل.

والوجه الثاني: وهو قول البصريين: إنه لا يقتضي التعيين، لأن الإطلاق على العموم. فعلى هذا، يكون الوكيل مخيراً بين العقد على العين أو في الذمة. فهذا شرح المقدمة.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فصورة مسألة الكتاب: في رجل دفع إلى رجل مالاً ليشتري له به طعاماً، فتسلف المال قرضاً، ثم اشترى له بمثله من ماله طعاماً، فالشري غير لازم للموكل، سواء كان الموكل قد أذن في الشرى بعين المال أو في الذمة.

وقال أبو حنيفة: الشرى لازم للموكل، سواء كان الإذن بالعين أو في الذمة.

وهذا خطأ، لأن الوكالة بتلف المال واستهلاكه باطلة لانعقادها به. وإذا بطلت الوكالة وانعزل الوكيل، فعقده لازم لنفسه دون موكله.

فلو أن الوكيل لم يستهلك المال، ولكن تعدى فيه تعدياً صار له به ضامناً، فقد اختلف أصحابنا: هل ينعزل بتعديه عن الوكالة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: ينعزل عن الوكالة بالتعدي لأنه مؤتمن كالمودع الذي ينعزل بالتعدي عن الوديعة، فعلى هذا، يكون الشرى لازماً للوكيل دون موكله.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي الطبري: إنه على الوكالة لا ينعزل عنها بالتعدي مع بقاء الملك، كالمرتهن لا يبطل الرهن بتعديه، وإن كان مؤتمناً. فعلى هذا، يكون الشرى لازماً للوكيل.

فصل: فلو قال الرجل لوكيله: ابتع لي من مالك عشرة أقفزة حنطة بمائة درهم، جاز ثم فيه لأصحابنا وجهان حكاهما أبو القاسم الصيمري:

أحدهما: أنه قرض فيه وكالة. فعلى هذا، إن لم ينص على قدر الثمن كان فاسداً، لأن القرض المجهول باطل.

والوجه الثاني: أنه عقد وكالة فيه قرض. فعلى هذا، لو لم ينص على قدر الثمن كان جائزاً، لجواز الوكالة فيما لم ينص الموكل على قدر ثمنه.

ويتفرع على هذين الوجهين أن يقول الرجل لغيره: قد أقرضتك ألفاً على ما رزق الله تعالى من ربح، فهو بيننا نصفين:

فأحد الوجهين: أنه قرض فاسد، فيكون ضامناً للمال، وله الربح دون المقرض.

والوجه الثاني: أنها مضاربة فاسدة. فعلى هذا، ليس عليه ضمان المال، والربح له، وللعامل أجرة مثله.

فصل: وإذا قال الرجل لغيره: بع عبدك هذا على زيد بألف درهم عليَّ دونه، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون هذا القابل هو المتولي للعقد، فيصح ويكون مشترياً لغيره بثمن في ذمته، فيعتبر حال زيد المشترى له، فإن كان مولى عليه وأذنا فيه، كان الشرى له، والثمن على العاقل الضامن. وإن كان غير مولى عليه، ولا أذن فيه، كان الشرى للعاقد على ما وصفنا.

والضرب الثاني: أن يكون زيد هو العاقد دون القابل الضمان ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول ابن سريج: إنه جائز، ويكون العبد لزيد المشتري بغير ثمن، والثمن على الضامن. وهذا قول أبي حنيفة لأن للثمن محلاً قد ثبت فيه، فلم يفترق حكم ثبوته في ذمة المشتري وغيره.

والوجه الثاني: وهو الصحيح: أن الشرى باطل، لأن عقد البيع ما أوجب بتمليك المبيع عوضاً. وهذا عقد قد خلا عن عوض على المالك به، فكان باطلاً. فعلى هذا لو قال: بع عبدك هذا بألف درهم على زيد، وبخمسمائة عليَّ دونه، ففعل، كان العقد جائزاً على قول ابن سريج وأبي حنيفة، ويلزم المشتري ألف والضامن خمسمائة. وعلى الوجه الثاني: باطل.

ولكن لو قال: بع عبدك هذا على زيد بألف درهم وأنا ضامن بخمسمائة منها، فباعه

عليه، صح البيع لزيد بألف درهم عليه؛ وهل يكون الضمان في الخمسمائة لازماً للضامن؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول ابن سريج: أن يلزمه ضمانها.

والوجه الثاني: أن ضمانها باطل، لأنه ضمنها قبل استحقاقها.

فصل: وإذا قال الرجل لعبد غيره: اشتر لي نفسك من سيدك، فاشترى العبد نفسه من سيده لأمره. قال أبو العباس: الشراء جائز، ويصير العبد ملكاً للآمر، وهذا قول أبي حنيفة، وهو دليل عليه في أن الملك يقع بالعقد للموكل دون الوكيل. ولو كان واقعاً للوكيل لعتق العبد، لأنه ملك نفسه، وهو لا يعتقه.

ومذهب الشافعي رحمه الله: أن هذا الشراء باطل، لأن فعل العبد منسوب إلى سيده، فصار السيد بائعاً لنفسه.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يَجُوزُ لِلْوَكِيلِ وَلاَ الوَصِيِّ أَنْ يَشْتَرِيَ مِنْ نَفْسِهِ)[1].

قال الماوردي: اعلم أن النيابة في البيع والشراء، قد تكون في أربعة أوجه:

أحدها: من جهة النسب وهي الأب والجد على ابنه الطفل.

والثاني: من جهة الحكم، وهو للحاكم أو أمينه على المولى عليه لصغرٍ أو سفهٍ.

والثالث: من جهة الوصية، وهو وصي الأب والجد على الطفل.

والرابع: من جهة الوكالة وهو وكيل الموكل الرشيد.

فاختلف الفقهاء: هل يجوز لهؤلاء أن يبيعوا لأنفسهم ما لهم بيعهُ، ويشتروا من أنفسهم ما لهم شراؤه؟ على أربعة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب مالك والأوزاعي: أنه يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ما لهم بيعه، ويشتروا من أنفسهم.

والمذهب الثاني: وهو قول زفر بن الهذيل: إنه لا يجوز لجميعهم أن يبيعوا على أنفسهم ولا أن يشتروا من أنفسهم.

(١) مختصر المزني: ص ١١١.

والمذهب الثالث: وهو قول أبي حنيفة: إنه يجوز ذلك لهم إلا الوكيل وحده.

والمذهب الرابع: وهو مذهب الشافعي: أنه لا يجوز ذلك لجميعهم، إلا الأب وحده. والجد مثله.

واستدل من ذهب إلى جوازه لجميعهم: بأن المقصود من البيع حصول الثمن، وفي الشرى حصول المشتري، ولذلك لم يلزم ذكر من له البيع والشرى بخلاف النكاح. فلم يقع الفرق بين حصول الثمن من النائب وغيره الحصول المقصود في الحالين. وقياسه على الأب بعلة، أن كل من جاز به بيع مال غيره جاز له بيعه على نفسه، كالأب.

واستدل من منع جوازه لجميعهم: بأن الإنسان مجهول على تغليب حظ نفسه على حظ غيره، والنائب مندوب إلى طلب الحظ لمستنيبه، فإذا باع من نفسه انصرف بجبلّة الطبع إلى حظ نفسه، فصار المقصود بالنيابة معدوماً فلم يجز. وقياساً على الوكيل: لأنه نائب في العقد عن غيره، فلم يجز أن يعقد مع نفسه كالوكيل.

واستدل من منع منه للوكيل وحده وأجاز لمن سواه: بأن نيابة الوكيل عن جائز الأمر، فكان مأذوناً له من غير ولاية، فصار أنقص حالاً من ذي الولاية؛ فجاز للولي مبايعة نفسه لقوة سببه كالأب، ولم يجز لغير ذي الولاية من الوكيل مبايعة نفسه لضعف سببه كالأجنبي.

ودليلنا أن غير الأب لا يجوز له مبايعة نفسه، هو: ما روي أن رجلاً أوصى إلى رجل بوصية، فأراد الوصي بيع فرس من التركة على نفسه، فسأل عبد الله بن مسعود عن جوازه فقال له: لا. وليس نعرف له مخالفاً من الصحابة. ولأن جملة الطبع تصرفه عن حظ غيره إلى حظ نفسه، ولأن كل من كانت بغيره لم يكن له مبايعة نفسه كالوكيل.

ودليلنا على أن الأب يجوز له مبايعة نفسه، هو: أن الأب مجبول بحنوة الأبوة وشدة الميل والمحبة على طلب الحظ لولده، والشح على نفسه في الجمع والاستكثار لولده، ولذلك قال النبي ﷺ: «**الولد مبخلةٌ محزنة مجبنة**»[1] فانتفت التهمة عنه في مبايعة نفسه. وهذا المعنى مفقود فيمن عداه، فصار هذا الحكم لاختصاصه بمعناه مقصوراً عليه، منتفياً عمن سواه. وهذا دليل وانفصال.

---

(١) سبق تخريجه.

فلو وكّل الابن البالغ أباه في بيع سلعة فقد اختلف أصحابنا: هل يجوز له بيعها على نفسه، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجوز، كما لو كان في حجره، وتغليباً لحكم الأبوة.

والثاني: لا يجوز، لأن ارتفاع الحجر يقتضي تغليب الوكالة.

فصل: فأما الوصي والوكيل إذا أراد بيع ما يتولياه بالوصية والوكالة على ابن نفسه، أو على أب نفسه. ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الأصطخري: إنه يجوز لأنه غير مبايع لنفسه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي: إنه لا يجوز لأنه متهوم في الميل إلى ولده، كما كان متهوماً في الميل إلى نفسه، ولذلك لم يجز أن يشهد لولده، كما لا تصح منه الشهادة لنفسه؛ فلم تجز مبايعة ولده بمال غيره، كما لم تجز مبايعة نفسه.

فصل: فأما إذا جعل الموكل إلى وكيله أن يبيع على نفسه أو يشتري من نفسه، فمذهب الشافعي رضي الله عنه: أنه غير جائز لما فيه من التناقض المقصود وتنافي الغرضين. لأن عقد الوكالة قد أوجب عليه الاستقصاء لموكله، وإذا كان هو المشتري انصرف إلى الاستقصاء لنفسه.

وقال ابن سريج: يجوز ذلك، كما يجوز أن يجعل إلى زوجته الطلاق لنفسها، أو إلى أمته عتقها. وهذا خطأ، لما ذكرنا من الفرق بين البيع والطلاق والعتق في ثلاثة أوجه:

أحدها: أن في البيع ثمناً يختلف بالزيادة والنقصان، فصار بالميل إلى نفسه متهوماً فيه، وليس في الطلاق والعتق ثمن تصير بالميل إلى نفسها متهومة فيه.

والثاني: أن العتق والطلاق أوسع لوقوعها بالصفات، على الغرر والجهالات، والبيع أضيق حكماً منه.

والثالث: أنه ليس في الطلاق والعتق قبول معتبر، وفي البيع قبول معتبر. فلم يجز أن يكون الباذل قابلاً.

فأما إذا وكله في بيع عبده، ووكله الآخر في شرى العبد الموكل في بيعه، لم يجز لتنافي المقصود في العقدين؛ وكان له أن يقيم على إحدى الوكالتين. فإن أراد أن يقيم على

أسبقهما في بيع أو شراء، جاز. وإن أراد أن يقيم على الثانية منهما، كان بيعاً أو شراء، احتمل وجهين:

أحدهما: لا يصح، لأن شرط الأولى يمنع من جواز الثانية.

والوجه الثاني: يجوز، لأن الوكالة لا تلزم فلم يكن للمتقدمة منهما تأثير، وتبطل بقبول الثانية.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَنْ بَاعَ بِمَا لاَ يَتَغَابَنُ النَّاسُ بِمِثْلِهِ، فَبَيْعُهُ مَرْدُودٌ، لأَنَّ ذَلِكَ تَلَفٌ عَلَى صَاحِبِهِ، فَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَمَعْنَاهُ)(١).

قال الماوردي: وهذا صحيح. وللموكل فيما أذن له ببيعه حالتان: حالة إطلاق، وحالة تقييد.

فأما حالة الإطلاق: فهو أن يأذن لوكيله في البيع إذناً مطلقاً من غير أن يقيده بشرط أو على صفة، فعلى الوكيل في بيعه ثلاثة شروط:

أحدها: أن يبيعه بغالب نقد البلد، فإن عدل إلى غيره لم يجز.

والشرط الثاني: أن يبيعه بثمن مثله، فإن باعه بما لا يتغابن الناس بمثله لم يجز.

والشرط الثالث: أن يبيعه بثمن حال، فإن باعه بمؤجل لم يجز.

وقال أبو حنيفة: هذه الشروط الثلاثة في بيع الوكيل غير معتبرة. فإن باعه بغير نقد البلد وبما لا يتغابن الناس بمثله وإلى أجل، كان بيعه نافذاً، ولموكله لازماً. استدلالاً بأن إطلاق الإذن يشتمل على عموم البيع، وتخصيص المطلق لا يكون إلا بدليل كالمطلق من عموم الكتاب والسنة. فلما كان اسم البيع ينطلق على البيع بغير نقد البلد وبما لا يتغابن الناس به وعلى المؤجل، وجب أن يصح لأنه عقد مأذون فيه؛ كما لو باعه بنقد البلد وبثمن المثل وبالمعجل. ثم استدل على جواز البيع بغير نقد البلد: بأنه بيع بجنس الأثمان فصح، كالمبيع بنقد البلد.

واستدل على جوازه بأقل من ثمن المثل: بأن كل ما جاز بيع الموكل به جاز بيع الوكيل المطلق به، قياساً على ثمن المثل. واستدل على جوازه إلى أجل: بأن الآجل مدة ملحقة بالعقد، فجاز أن يملكها الوكيل قياساً على خيار الثلاث.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١١.

وهذا كله خطأ والدليل على ما قلنا على الشرط الأول وهو أن بيعه بغير نقد البلد لا يجوز، هو: أنه لما لم يصح من الوكيل في الشراء أن يشتري بغير نقد البلد، لم يصحّ من الوكيل في البيع أن يبيع بغير نقد البلد. وتحريره: أنه عقد معاوضة بوكالة مطلقة، فوجب أن لا يصح بغير نقد البلد، قياساً على الشراء.

ولأن كل جنس لا يجوز للوكيل أن يبتاع به، لم يجز للوكيل أن يبيع به قياساً عن البيع بغير جنس الأثمان وبالمحرمات. فعلى هذا، لو كان غالب نقد البلد دراهم، لم يجز بيعه بالدنانير. ولو كان كل النقدين سواء، وليس أحدهما غالباً، لزم الوكيل بيعها بأحظهما للموكل. فإن استويا، كان حينئذ مخيراً في بيعه بأيهما شاء.

فإن باعه بكلا النقدين من الدراهم والدنانير. فإن كان في عقدين صحا جميعاً إذا كان مما يجوز تفريق الصفقة في بيعه. وإن كان في عقد واحد، فعلى وجهين:

أحدهما: يجوز الجمع بين النقدين كما جاز إفراد كل واحد من النقدين.

والثاني: لا يجوز لأن غالب البياعات تتناول جنساً واحداً من الأثمان. فلم يجز أن يعدل إلى غالبها. وبالله التوفيق.

فصل: والدليل على الشرط الثاني: وأن بيعه بما لا يتغابن الناس بمثله لا يجوز، هو: أنه عقد معاوضة عن وكالة مطلقة، فوجب أن لا يصح بأقل من ثمن المثل، قياساً على الشراء. ولأن كل من لم يملك الهبة، لم يملك المحاباة فيه كالوصي والعبد المأذون له في التجارة. ولأن المحاباة كالهبة لاعتبارها من الثلث، فلما لم يصح من الوكيل في البيع هبة المال أو بعضه، لم يصح منه المحاباة فيه.

وتحريره: أنه عقد استهلك به شيئاً من مال موكله بغير إذنه، فوجب أن يكون باطلاً كالهبة.

فإذا ثبت ما ذكرنا، وأن المثل معتبر، وأن البيع بما لا يتغابن الناس بمثله باطل، فالاعتبار بالعين عرف الناس في مثل المبيع وليس له حد مقدر.

وقال مالك: حد الغبن في البيوع الثلث فصاعداً لقوله ﷺ: «**الثلثُ والثلثُ كثير**».

وقال أبو حنيفة: حد الغبن نصف العشر فصاعداً، لأنه أقل ما يجب في زكوات الزروع والثمار.

وكلا المذهبين فاسد، لأن عرف الناس فيما يكون غبناً كثيراً يختلف باختلاف الأجناس، فمن الأجناس ما يكون ربع العشر فيه غبناً كثيراً، وهو: الحنطة، والشعير، والذهب، والورق. ومنها ما يكون نصف العشر فيه غبناً يسيراً: كالرقيق، والجوهر، والطرف، فلم يجز أن يحد ذلك بقدر مع اختلافه في عرفهم، ووجب الرجوع فيه إليهم. فما كان في عرفهم غبناً كثيراً أبطلنا وما كان فيه غبناً يسيراً أمضيناه لأن البيوع لا تنفك من يسير المغابنات لأنها أرباح التجارات.

فإذا باع الوكيل بما لا يتغابن الناس بمثله، كان بيعه باطلاً. ولا ضمان عَليه ما لم يسلم المبيع. فإن سلمه صار بالتسليم ضامناً، ولزمه استرجاع المبيع إن كان باقياً. فإن هلك في يد المشتري كان كل من الوكيل والمشتري ضامناً.

أما المشتري فضامن لجميع القيمة، لأنه قابض عن عقد بيع فاسد. وأما الوكيل ففي قدر ما يضمنه قولان ذكرهما الشافعي في كتاب الرهن الصغير:

أحدهما: أنه يضمن جميع القيمة لتعديه بالتسليم.

والقول الثاني: إنه يضمن ما غبن فيه من قدر المحاباة، لأنه به فسد العقد ولزم الضمان. وقد مضى في التفريع على القولين وكتاب الرهن ما يقنع.

فصل: والدليل على الشرط الثالث: وأن بيعه بالثمن المؤجل لا يجوز هو: أن الأجل في البيع يدخل تارة في المثمن فيصير سلماً، وتارة في الثمن فيصير ديناً؛ فلما لم يجز للوكيل أن يدخل الأجل في المثمن فيجعله سلماً، لم يجز أن يدخل الأجل في الثمن فيجعله ديناً.

وتحريره: أنه تأجيل أحد الموضعين، فوجب أن لا يصح من الوكيل مع إطلاق الإذن، قياساً على تأجيل المثمن. ولأن الأجل لما لم يلزم المالك في عقده إلا بشرط صريح، لم يلزم الموكل إلا بإذن صريح؛ لأن إطلاق كل واحد من العقدين معتبر بالآخر، وسواء طال الأجل أو قصر.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن إطلاق الإذن يقتضي العموم، فهو أنه خطأ في القول وارتباك في الدعوى. بل الإطلاق في الإذن يقتضي العرف، بدليل أن إطلاق الإذن بالشراء لا يقتضي عموم الأشرية وكذلك إطلاق الإذن بالبيع لا يقتضي عموم البيوع.

وأما قياسه على نقد البلد، فالمعنى فيه: أن العرف المعهود يقتضيه. وأما قياسه في

الغبن على ثمن المثل فالمعنى فيه: جوازه في الشراء والغبن غير جائز في الشراء، فكذا في البيع.

وأما قياسه في الأجل على خيار الثلاث، فلأصحابنا في جوازه للوكيل وجهان:

أحدهما: لا يصح من الوكيل، فعلى هذا سقط الدليل.

والثاني: يصح منه، والقياس عليه منتقض بالأجل في الثمن، ثم في المعنى في خيار الثلاث أنه لما ملك الوكيل في الشراء ملكه الوكيل في البيع.

فهذا حكم العقد مع إطلاق إذن الموكل، وما يلزم من الشروط في عقد الوكيل.

فصل: وأما حالة التقييد وهو: أن يكون إذن الموكل في البيع مقيداً بشرط، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون الشرط الذي شرطه الموكل في بيع وكيله مبطلاً للعقد، كالأجل المجهول، وكالخيار أكثر من ثلاث، وكالثمن المحرم إلى ما جرى هذا المجرى من الشروط التي يبطل العقد معها، فقد صار الموكل بها آذناً لوكيل بالبيع الفاسد. فإن باع الوكيل ذلك على الشرط الذي أذن فيه الموكل كان البيع باطلاً، لأن العقد الفاسد لا يصح وإن رضي المالك بفساده.

فإن أقبض الوكيل ذلك بالعقد الفاسد لم يضمن، لأنه إقباض مأذون فيه، فسقط الضمان عنه للإذن به. وإن باع الوكيل ذلك بيعاً جائزاً لإسقاط الشرط المفسد له، كان بيعه باطلاً.

وقال أبو حنيفة: بيعه جائز، استدلالاً بأن البيع مأذون فيه، فلما لم يصح عقده بالشروط الفاسدة سقطت من إذنه، وصار الإذن مجرداً عن الشرط الفاسد.

والدلالة عن بطلان بيعه: أن الإذن بالبيع الفاسد لا يقتضي زوال الملك. فإذا باعه بيعاً صحيحاً، صار مزيلاً لملكه عما لم يأذن بإزالة ملكه عنه، فوجب أن يكون باطلاً. كما لو أودعه وديعة فوهبها، أو أعاره عارية فباعها.

فصل: **والضرب الثاني:** أن يكون الشرط الذي شرطه الموكل في بيع وكيله يصح معه العقد ولا يبطل به البيع. فعلى الوكيل أن يعقد البيع على الشرط المأذون فيه، ولا يتجاوزه إلا أن يكون الشرط بالمجاوزة موجوداً مع زيادة، فيصح البيع حينئذ على ما سنشرحه؛ ولا نكون الزيادة مانعة من صحته. وإذا كان كذلك، فالشرط على ضربين:

أحدهما: أن يختص بأحوال العقد.

والثاني: أن يختص بصفات العقد.

فأما المختص بأحوال العقد، فثلاثة أشياء:

أحدها: أن يأذن له في بيعه على رجل بعينه.

والثاني: أن يأذن له في بيعه في زمان بعينه.

والثالث: أن يأذن له في بيعه في مكان بعينه.

فأما إذنه ببيعه على رجل بعينه فلازم، ولا يجوز للوكيل أن يعدل إلى بيعه على غيره، لأنه المقصود بالتمليك، فلم يصح عدول الوكيل عنه كالهبة. فعلى هذا، لو مات ذلك الرجل بطلت الوكالة بالبيع، ولم يجز للوكيل أن يبيعه على وارثه، ولا على غير وارثه. ولو كان حيّاً وامتنع من ابتياعه، لم تبطل الوكالة لجواز أن يرغب فيه من بعد.

وأما إذنه ببيعه في زمان بعينه فلازم، ولا يجوز للوكيل أن يبيعه قبل ذلك الزمان ولا بعده. أما قبله، فلأن وقت الإذن لم يأت. وأما بعده، فلبطلان الوكالة بالفوات، وقد يكون للإنسان غرض صحيح في استيفاء ملكه إلى زمان بعينه.

فأما إذنه ببيعه في مكان بعينه، فإن كان فيه غرض صحيح لاختلاف الأسعار باختلاف الأماكن أو جودة النقود، فهو شرط لازم لا يجوز للوكيل أن يبيعه في غير ذلك المكان. فإن فعل وسلمه، فالبيع باطل، وهو بالتسليم ضامن. فإن لم يكن في ذلك المكان غرض صحيح، ولا معنى مستفاد، نظر في صفة إذنه: فإن كان قال: لا تبيعوا إلا في مكان كذا أو في سوق كذا، لزم وكان البيع في غير ذلك المكان باطلاً لصريح النهي عنه. وإن قال: بعه في سوق كذا، أو في مكان كذا، ولم يصرح بالنهي عما سواه، ففي لزوم اشتراطه وجهان:

أحدهما: أنه شرط لازم لا يجوز للوكيل أن يبيعه في غيره، لأنَّه أملك بأحوال إذنه.

والوجه الثاني: أنه شرط غير لازم، لفساد الغرض المقصود به. والأول أشبه.

فصل: وأما المختص بصفات العقد فثلاثة أشياء:

أحدها: ما اختص بجنس الثمن.

والثاني: ما اختص بقدره.

والثالث: ما اختص بزمانه في حلوله وأجله.

فأما المختص بجنس الثمن، فصورته أن يقول: بع عبدي بدراهم، فلا يجوز للوكيل أن يبيعه بغير الدراهم من دنانير أو عروض، سواء كانت الدراهم من غالب النقود أم لا. فلو قال: بع عبدي هذا بحنطة، فباعه بدراهم واشترى بالدراهم حنطة، لم يجز لأن البيع بالدراهم غير مأذون فيه، وشراء الحنطة بالدراهم غير مأذون فيه.

فلو قال: بع عبدي هذا بدراهم واشتر بالدراهم حنطة، فباع العبد بالحنطة، لم يجز لأنه جنس لم يأذن ببيع العبد فيه. وهكذا لو قال: بع عبدي بمائة درهم، فباعه بمائة دينار، لم يجز.

فصل: وأما المختص بقدر الثمن، فصورته أن يقول: بع عبدي بمائة درهم، فلا يجوز أن يبيعه بأقل منها ولو بقيراط، فإن فعل كان البيع باطلاً. ولو باعه بأكثر من مائة درهم، كان البيع جائزاً لحصول المائة التي أرادها، والزيادة عليها زيادة حظ له؛ إلا أن يكون قد أمره أن يبيعه بالمائة على رجل بعينه، فلا يجوز أن يبيعه عليه بأكثر من مائة، كما لا يجوز أن يبيعه على غيره. لأنه لما نص على القدر، صار مسامحاً له بالزيادة عليه. فلو باع نصف العبد بمائة درهم، صح البيع، لأن بقاء نصف العبد مع حصول المائة التي أرادها أحظ. فلو باع نصف العبد بأقل من مائة درهم ولو بقيراط، لم يجز لتفويت ما أراده من كمال الثمن وتفريق الصفقة.

فلو وكله في بيع عبيد، فباع كل عبد في عقد. فإن لم يذكر له قدر الثمن، جاز، لأن العادة في بيع العبيد جارية بإفرادهم في العقود. ولو ذكر قدر الثمن فقال: بع هؤلاء العبيد الثلاثة بألف درهم، فإن باع أول صفقة من العبيد بأقل من ألف درهم لم يجز، لأنه قد لا يشتري العبدين الآخرين بما بقي من تكملة الألف. وإن باع أول صفقة من العبيد بأكثر من ألف درهم، جاز. وهل يجوز بيع العبدين الآخرين بعد حصول الألف؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز، لأنه مقصوده بالبيع حصول الألف من ثمنه، فصارت الوكالة مقصورة عليها، وباطلة فيما سواها.

والوجه الثاني: أنه يجوز له بيع ما بقي من العبيد لانعقاد الوكالة ببيعهم. ولا يكون حصول الثمن بكماله من بعضهم بمانع من بيع باقيهم. كما لو باع أحدهم بأكثر من ألف ولم يلزمه أن يبيع منه بقدر الألف، ويكف عن بيع باقيه بالزيادة على الألف.

فأما العدد من الثياب إذا وكله في بيعها، وأمكن أن تباع صفقة وتفاريق، فعلى الوكيل أن يعمل على أحظ الأمرين لموكله من بيع جميعها صفقة أو أفراد، كل واحد منهما بعقد. فإن عدل عن أحظهما، لم يجز ما لم يكن من الموكل تصريح به.

فصل: فأما المختص بزمان الثمن من حلول وتأجيل، فللموكل فيه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يأذن له ببيعه نقداً، فلا يجوز أن يبيعه مؤجلاً، قلّ الأجل أو كثر، وسواء كان البيع النسبة أضر أو أنفع. فلو باعه بأجل ثم احتبس المبيع حتى حل الأجل وقبض الثمن، لم يجز لوقوع العقد فاسداً.

والحال الثانية: أن يأذن له في بيعه بالنسيئة. فإن قدر له أجلاً، لم يزد عليه. وإن لم يقدر له أجلاً، فمن أصحابنا من قدر أكثره بحول الدين. والذي عليه جمهورهم: أنه غير محدود الأكثر بالحول، وإنما هو معتبر بالعرف أن لا يصير الأجل خارجاً عن غالب العادة في ذلك الجنس، فإن عرف الناس في حال الأثمان مختلف بحسب اختلاف الأجناس.

لو عدل عن بيعه بالنسيئة وباعه نقداً، فإن كان حين أمره بالنسيئة نهاه عن النقد لم يجز بيعه، وإن لم ينهه نظر: فإن باعه نقداً بما يساوي نسبة جاز، لأنه قد حصلت له الزيادة مع التعجيل. وإن باعه بما يساوي نقداً أو أقل من ثمن النسيئة، لم يجز لأنه قد فوت عليه فضل النسيئة.

والحال الثالثة: إطلاق الإذن، وهي المختلف فيها. فيلزمه عند الشافعي نقداً، ويجوز له عند أبي حنيفة أن يبيعه نسية.

فصل: وإذا باع الوكيل عبد موكله، ثم أقر الوكيل أنه باعه بغير أمر موكله ففي البيع قولان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أنه لازم، لا ينتقض حتى يعرف أنه لم يأمره بذلك.

والقول الثاني: إنه غير لازم، إلا أن يقدم بينة أن الموكل أمر بذلك. فيتفرع على هذين القولين: إذا تصادق الموكل والوكيل على البيع بإذن، وأنكر المشتري أن يكون قد أمر بذلك.

فعلى القول الأول: القول قول الوكيل والموكل، والبيع لازم للمشتري.

وعلى القول الثاني: إن القول قول المشتري، والبيع غير لازم له، إلا أن يقيم الموكل والوكيل بينة بتقدم الإذن.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: أَمَرْتُكَ أَنْ تَشْتَرِيَ لِي هَذِهِ الجَارِيَةِ بِعَشْرَةٍ، فَاشْتَرَيْتُهَا بِعِشْرِينَ، فَقَالَ الوَكِيلُ: بَلْ أَمَرْتَنِي بِعِشْرِينَ، فَالقَوْلُ قَوْلُ الآمِرِ مَعَ يَمِينِهِ، وَتَكُونُ الجَارِيَةُ فِي الحُكْمِ لِلْوَكِيلِ. الفصل)[1].

قال الماوردي: وصورة هذه المسألة: في رجل أمر وكيله بشراء جارية بعينها بثمن مقدر، فاشتراها بعشرين ديناراً، ثم اختلفا فقال الموكل: أمرتك أن تشتريها بعشرة فاشتريتها بعشرين، فالشراءِ لا يلزمني، والثمن واجب عليك دوني. وقال الوكيل: بل أمرتني أن اشتريها بعشرين، فالشراء لازم لك والثمن واجب عليك.

فإن أقام الوكيل بينة بما ادعاه، حكم له بها. والبينة: شاهدان عدلان، لأنها في صفة الإذن الذي لا ينبت أصله إلا بشاهدين. فإن لم يقم الوكيل بينة، فالقول قول الموكل مع يمينه. لأن قوله لما كان مقبولاً في أصلِ الإذن، كان مقبولاً في صفته كالطلاق؛ لما كان قول الزوج مقبولاً في أصله كان قوله مقبولاً في عدده. فإذا حلف الموكل صار الوكيل بمثابة المشتري لموكله بغير أمره، وإذا كان كذلك لم يخل حال شرائه من أحد أمرين:

إما أن يكون بعين المال، أو في الذمة. فإن كان بعين المال، كان الشراء باطلاً لأنه عين مال لم يأذن مالكه بالعقد عليه.

وإن كان الشراء في ذمة الوكيل، فالشراء لازم للوكيل إن لم يذكر اسم موكله في العقد، وإن ذكره فعلى وجهين، وقد ذكرنا ذلك مشروحاً من قبل.

فصل: فإذا صار شراء الجارية لازماً للوكيل على ما وصفنا. نظر: فإن كان الوكيل قد دفع من مال موكله، كان ضامناً له ورد مثله. وإن كان باقياً منع الوكيل من دفع المال الموكل فيه، وألزم دفعه من خالص ماله لحصول الشراء له.

قال المزني والشافعي: يستحب في مثل هذا أن رفق الحاكم بالوكيل، حتى يقول للوكيل: إن كنت أمرتك أن تشتريها بعشرين، فقد بعتها عليك بعشرين. ويقول للوكيل: أقبل منه الشراء بعشرين ليحل لك الفرق بيقين، ولمن يبتاعها منك.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١١. وتتمة الفصل: «قال المزني»: والشافعي يحبّ في مثل هذا أن يرفق الحاكمُ بالآمرِ للمأمور، فيقول: إن كنتُ أمرته أن يشتريها بعشرين فقل بعته إياها بعشرين، ويقول الآخر: قد قبلتُ ليحلّ له الفرج ولمن يبتاعه منه.

وهذا صحيح، لأنَّ الوكيل إن كان صادقاً صار بهذا الابتياع مالكاً. وإن كان كاذباً، لم يستضرّ بهذا القول.

فإن قيل: فهذا من الموكل بيع ما هو شاك في تملكه، فكان باطلاً، ولم يصر بهذا القول محتاطاً، كمن شك في إرث مال فباعه وبان أنه كان قد ورثه، كان بيعه باطلاً للشك.

قيل: الفرق بينهما: أن الشك في مسألتنا واقع في ملك المتعاقدين، وفي الميراث من العاقد وغيره.

فإن قيل: فبيع الموكل معقود بشرط، وهو قوله: إن كنت قد أمرتك أن تشتريها بعشرين فقد بعتها عليك بعشرين، وهذا شرط يفسد معه البيع؛ فاختلف أصحابنا فيما ذكره المزني من ذلك على وجهين:

أحدهما: أن المزني إنما اختار للحاكم أن يقول ذلك لهما تنبيهاً على معنى هذا العقد والسبب المعقود به، من غير أن يذكراه في نفس العقد. فإذا ذكراه فيه، لم يصح، بل يعقداه مطلقاً من هذا الشرط؛ وهذا قول أكثر البصريين.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة وجمهور البغداديين: إنه يجوز لهما أن يعقداه كذلك، لأن هذا يكون في الحكم، فجاز أن يكون ملفوظاً به في العقد.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا، فللموكل حالتان:

إحداهما: أن يجيب إلى بيعها على الوكيل إن كان صادقاً، فيصير الوكيل مالكاً لها ظاهراً وباطناً، ويجوز له إمساكها والاستمتاع بها وبيعها وأخذ الفضل عن ثمنها.

والحال الثانية: أن لا يجيب إلى بيعها، فلا يجبر عليه لأنه ليس بمالك، ولو كان مالكاً لم يجبر على بيع ملكه. وهل يكون الوكيل مالكاً لها أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي سعيد الأصطخري: إنه قد ملكها ملكاً تاماً، ظاهراً وباطناً؛ لأن الملك قد انتقل عن الموكل بيمينه، فاقتضى أن ينتقل إلى الوكيل بعقده. فعلى هذا، يجوز للوكيل أن يمسكها ويستمتع بها، وإن باعها ملك الفضل من ثمنها.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة: إنه لا يصير مالكاً لها، وإنما له أن يأخذ من ثمنها ما غرم فيه، لأنه مقر بأنها ملك لموكله. فعلى هذا، لا يجوز أن يستمتع بها، وإذا كان في ثمنها فضل لم يملكه. وهل يجوز أن ينفرد ببيعها أم لا؟

على وجهين مبنيين على اختلاف وجهي أصحابنا فيمن له دين لا يقدر على أخذه وقد ظفر بمال لغرومه: هل يجوز أن يبيعه بنفسه، أو الحاكم؟ على وجهين:

أحدهما: أن يبيعه بنفسه.

والثاني: أن يتولاه الحاكم وإن كان الثمن بقدر ما دفع نقداً استوفاه، وإن كان أقل فلا رجوع له بباقيه، وإن كان أكثر فلا حق له في الزيادة. وهل يجوز إقرارها في يده لأنه لا خصم له فيها، أو ينزعها الحاكم منه؟ على وجهين:

أحدهما: يقرها في يده، لأنه لا خصم له فيها.

والوجه الثاني: ينزعها منه، لأنه مال قد جهل مستحقه فصار كأموال الغيب. ثم يكون مشتري الجارية مالكها على الوجهين جميعاً، ولا يكون عدم ملك البائع لها بمانع من استقرار ملك المشتري عليها، كالمشتري من وكيل في بيعها.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَمَرَهُ أَنْ يَشْتَرِي لَهُ جَارِيَةً فَاشْتَرَى غَيْرَهَا، أَوْ أَمَرَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ جَارِيَةً فَزَوَّجَهُ غَيْرَهَا بَطُلَ النِّكَاحَ، وَكَانَ الشِّرَاءُ لِلْمُشْتَرِي لاَ لِلآمِرِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا أمر الرجل وكيله أن يشتري له جارية فاشترى غيرها، أو على صفة فاشتراها بخلافها، فالشراء باطل إن كان بعين المال. وإن كان في الذمة، فهو غير لازم للموكل ثم ينظر: فإن لم يذكر اسم الموكل في العقد فالشرى لازم للوكيل، وإن ذكره فعلى ما مضى من الوجهين.

ولو أمره أن يزوجه امرأة فزوجه غيرها، كان النكاح باطلاً، ولم يصر النكاح للوكيل، بخلاف الشراء. لأن المقصود في النكاح أعيان المتناكحين، ولذلك لم يصح العقد إلا بتسمية الزوج، ولم يبطل النكاح بالجهل بقدر الصداق. وليس المقصود في البيع اعتبار المتبايعين، وإنما المقصود ملك المبيع، ولذلك صح العقد. وإن لم يسم المشتري له وصار ملكاً له إذا نواه الوكيل، وبطل البيع بالجهل بالثمن.

وصفة خطبة الوكيل في النكاح أن يقول: إن فلاناً وكلني في تزويجه بفلانه. فيقول الولي: قد زوجت فلاناً موكلك بفلانة. فيقول الوكيل: قد قبلت نكاحها لفلان. ولا يصح

---

(١) مختصر المزني: ص ١١١.

عقد الوكيل النكاح إلا هكذا، فصح في البيع أن ينوه وإن لم يسمه، لأن ملك البيع قد يجوز أن ينتقل عن شخص إلى غيره.

فصل: فإذا بطل عقد النكاح بمخالفته، فلا يخلو حال الوكيل من أن يكون قد ضمن الصداق عن موكله، أم لا.

فإن لم يكن قد ضمنه، فمذهب الشافعي: أن النكاح يكون باطلاً، وليس على الوكيل ضمان المسمى من الصداق.

وقال أبو العباس بن سريج: يكون الوكيل ضامناً لنصف الصداق لقبوله العقد، كما يضمن الثمن. وهذا خطأ، لأن الشراء قد يحصل له، فجاز أن يلزمه الثمن، والنكاح لا يحصل له فلم يلزمه الصداق.

وإن كان الوكيل قد ضمن الصداق وهو مقر أن الموكل قد أمره بإنكاح هذه التي قد أنكرها، كان الوكيل غارماً لما تقدم من ضمان صداقها، وفي قدر ما يضمنه وجهان:

أحدهما: يضمن جميعه لاستحقاقه بالعقد.

والثاني: يضمن نصفه لعدم الدخول فيه.

فصل: وإذا أمر الرجل وكيله بشراء عبد، فلا يخلو حاله من أربعة أقسام:

أحدها: أن يعين العبد ويعين ثمنه.

والثاني: أن لا يعين العبد ولا يعين ثمنه.

والثالث: أن يعين العبد ولا يعين ثمنه.

والرابع: أن لا يعين العبد ويعين ثمنه.

فأما القسم الأول: وهو أن يعين العبد ويعين ثمنه. كقوله: اشتر لي سالماً بمائة دينار، فلا يخلو حال الوكيل من أن يكون قد ضمن الصداق من موكله أم لا. فإن لم يكن قد ضمنه، فمذهب الشافعي: أن النكاح يكون باطلاً، وليس على الوكيل ضمان المنتهي من الصداق.

وقال أبو العباس بن سريج: يكون الوكيل ضامناً لنصف الصداق لتوليه العقد، كما يضمن الثمن. وهذا خطأ، لأن الشري قد حصل له فلم يلزمه الصداق. وإن كان الوكيل قد ضمن الصداق وهو مقرّ أنه الموكل، فلا يخلو حاله من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يشتريه بالمائة.

والثاني: أن يشتريه بأقل منهما.

والثالث: أن يشتريه بأكثر منها.

فإن اشتراه بالمائة دينار، صح ولزم الموكل. وإن اشتراه بمائة درهم، لم يلزم الموكل وإن كانت الدراهم أقل من قيمته، لأن عدوله عن جنس الثمن كعدوله عن عين العبد.

فإن اشتراه بالدنانير لكن بأقل من ماثة دينار، كأن اشتراه بخمسين ديناراً، صحَّ ولزم الموكل، لأن حصول العبد له بعض الثمن أحظ له.

فإن قيل: أفليس لو وكله في بيع عبده على زيد بمائة دينار فباعه عليه بأكثر من مائة دينار لم يجز، لأنه وكله في محاباته؟ فمثلاً إذا وكله في شراء عبد بمائة دينار، أن لا يجوز الشراء بأقل منها، لأنه قد وكله في محاباته؟.

قيل: الفرق بينهما: أنه إذا وكله في البيع بالمائة لم يجز بيعه بأكثر منها، لأنه ممنوع من قبض الزيادة، وليس للوكيل قبض ما منع من قبضه. وإذا وكل في الشراء بالمائة جاز الشراء بأقل منها، لأنه مأمور بدفع الزيادة، ودفع الوكيل البعض جائز وإن منع الزيادة.

ولو أمره أن يشتريه بمائة دينار، ولا يشتريه بأقل منها، فاشتراه بأقل من المائة، لم يجز لأنه أعلم بصلاح نفسه. ولو قال: اشتره بمائة دينار ولا تشتره بخمسين ديناراً، جاز أن يشتريه بالمائة، وبما بين الخمسين والمائة؛ ولا يجوز أن يشتريه بخمسين للنهي عنها. وهل يجوز أن يشتريه بأقل من خمسين؟ على وجهين حكاهما ابن سريج:

أحدهما: يجوز. لأن الوكيل مندوب إلى الاسترخاص، إلا ما نهاه عنه من القدر لمعنى هو أعلم به من يمين حلف عليها، أو غير ذلك من أمور.

والوجه الثاني: لا يجوز. لأن الإذن بالمائة لما دخل فيه ما هو أقل منها، كان النهي عن الخمسين داخلاً فيه ما هو أقل منها.

فهذا حكم العبد إذا اشتراه بأقل من المائة.

فأما إذا اشتراه بأكثر من المائة، كأن اشتراه بمائة وخمسين ديناراً، أو مائة دينار وقيراط، فالشراء غير لازم للموكل، وهو لازم للوكيل إن لم يشتره بعين المال، هذا مذهب الشافعي رضي الله عنه.

وقال أبو العباس بن سريج: الشراء لازم للموكل بالمائة دينار التي عين عليها، والوكيل ضامن للزيادة في ماله، وعليه غرمها للبائع، لأنه يصير لمجاوزته لقدر العين متطوعاً بها. وهذا خطأ، لأن الزيادة في جملة الثمن الذي لزم بالعقد، فلم يجز أن تتبعض حكمه. ولو جاز أن تكون الزيادة بقدر المغابنة في الشراء مضمونة على الوكيل مع صحة الشراء للموكل، لكان النقصان بقدر المغابنة في البيع مضموناً على الوكيل مع لزوم البيع للموكل، وهذا مما لم يرتكبه أبو العباس في البيع، فبطل المذهب إليه في الشراء.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن لا يعين العبد ولا يعين ثمنه. كقوله: اشتر لي عبداً، فإن وصفه صفة يتميز بها مراده من العبيد، صح. وإن لم يصفه، فالظاهر من مذهب الشافعي: بطلان الوكالة في شرائه. ومن أصحابنا من أجاز الوكالة في شراء أي عبد كان.

وقد ذكرنا في أول الكتاب: فإذا اشترى عبداً على الصفة التي ذكرنا بثمن مثله فما دون، صح ولزم الموكل. وإن اشتراه بأكثر من ثمن مثله بقدر لا يتغابن الناس بمثله، فالشراء غير لازم للموكل، ويكون للوكيل إن لم يكن بعين المال بوفاق أبي العباس هاهنا، وهو حجة عليه ارتكبه هناك.

فلو وكله في شراء عشرة أعبد، جاز أن يشتريهم صفقة وتفاريق، على حسب ما يتيسر له. فإن قال: اشترهم صفقة واحدة، لم يجز أن يشتريهم تفاريق. فلو كانوا بين شريكين، فاشتراهم الوكيل منهما صفقة واحدة، فإن كان ملك كل واحد منهما متميزاً عن صاحبه؛ مثل أن يكون لأحدهما خمسة من العبيد بكمالهم وللآخر خمسة، لم يلزم الموكل هذا العقد لأنهما صفقتان، وهو إنما أمر بصفقة واحدة. ثم ينظر: فإن كان سمَّى في العقد لكل خمسة ثمناً، لزم الوكيل لصحة العقد إن لم يكن بعين المال. وإن لم يسم لكل خمسة منهم ثمناً وذكر للعشرة ثمناً واحداً، فالبيع باطل. وخرج ابن سريج فيه قولاً: إنه يصح، ويلزم الوكيل من اختلاف قوليه فيمن تزوَّج أربعاً على صداق بألف مبهمة بينهن. ولا يصح هذا التخريج، لما ذكرناه في البيوع.

وإن كان العشرة كلهم شركة بين الشريكين، ففي لزوم هذا الشراء للموكل وجهان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: أنه لازم، لحصول جميعهم بالعقد الواحد.

والثاني: غير لازم له، والعقد صحيح إن لم يكن بعين المال، وهو لازم للوكيل، لأن العقد إذا كان في أحد طرفيه عاقدان جرى عليه حكم العقدين.

فأما إن اشترى الوكيل في شرى العقد الواحد نصفه، لم يلزم الموكل عقده لما دخل عليه من المشاركة التي يستضرُّ بها. والله أعلم.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يعين العبد ولا يعين ثمنه، كقوله: اشتر لي سالماً، فعلى الوكيل أن يشتريه بثمن المثل فما دون. فإن اشتراه بأكثر من ثمن المثل بما لا يتغابن الناس بمثله، فالشراء غير لازم للموكل بوفاق أبي العباس، وبخلاف ما قاله في العبد المعين بالثمن المقدر. وهو أيضاً حجة عليه.

فإن فرق أبو العباس بأن المعين على ثمنه، ليس للوكيل اجتهاد في الزيادة عليه فصار متطوعاً بها. وله في غير المعين على ثمنه اجتهاد فيه، فلم يكن متطوعاً بها. كان فرقه منتقضاً بالبيع حيث بطل بنقصان الثمن في المقدر وغير المقدر.

فلو قال الموكل لوكيله وقد اشترى العبد بأكثر من ثمنه: قد أجرته وقبلت الشراء بأكثر من ثمنه، لم يكن له ذلك، لأن الشراء بالمخالفة قد صار للوكيل، فلم ينتقل إلى الموكل بالإجارة والقبول.

وقال ابن سريج: للموكل قبول الشراء بالثمن الزائد، ويصير الملك له بالقبول، وليس للوكيل منعه منه، لأنه إنما صرف عقد الشراء عنه بالثمن الزائد نظراً له؛ فلما سامح في النظر بالزيادة، كان أحق به.

قيل: أليس لو كانت الوكالة في البيع فباع بأقل من الثمن كان العقد باطلاً، ولم يصح بإجازة الموكل؟.

قال: نعم، والفرق بين البيع والشراء: أن بيع الوكيل بمخالفته يكون فاسداً فلم يصح بالإجازة، وشراء الوكيل مع مخالفته يكون صحيحاً لنفسه فصحت فيه الإجازة.

فصل: وأما القسم الرابع: وهو أن لا يعين العبد ويعين ثمنه. فكقوله: اشتر لي عبداً بمائة درهم. فإن وصف العبد بما يتميز به مراده من العبيد، صح. وإن لم يصفه، فقد اختلف أصحابنا: هل يقوم ذكر الثمن مقام الصفة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه يقوم مقام الصفة لتمييز العبد به عن غيره، فعلى هذا تصح الوكالة في ابتياعه.

والوجه الثاني: لا يقوم مقام الصفة، لأن ذكر الثمن لا يدل على جنس من العبيد دون

غيره في الأجناس. فعلى هذا، تكون الوكالة على مذهب الشافعي باطلة، وعلى مذهب من أجاز إطلاقها من أصحابنا جائزة.

فإذا اشترى العبد بالمائة التي عينها ونص عليها وهو يساوي مائة صح، وإن كان لا يساوي مائة لم يلزم الموكل. ولو اشتراه له بأكثر من مائة ولو بقيراط، وهو يساوي ما اشتراه به، لم يلزم الموكل للمخالفة فيه.

ولو اشتراه بأقل من مائة، فإن كان يساوي ما اشتراه به ولا يساوي المائة، لم يلزم الموكل، لأنه إنما أمر بشراء عبد يساوي مائة. فإن كان يساوي المائة فهو لازم للموكل، لأنه لما التزمه بالمائة كان بما دونها ألزم له.

فلو قال له: اشتر لي عبداً بمائة، فاشترى له عبدين بمائة. فإن كان كل واحد من العبدين لا يساوي مائة، فهو غير لازم للموكل. وإن كل واحد منهما يساوي مائة، ففيه قولان نص عليهما في كتاب الإجارات:

أحدهما: أن شراء العبدين بالمائة لازم للموكل، لأنه لما رضي أحدهما بالمائة كان بهما أرضى. ولحديث عروة البارقي حيث وكله النبي ﷺ في شراء شاة بدينار فاشترى به شاتين.

والقول الثاني: إن الموكل بالخيار بين: أن يأخذهما بالمائة، وبين أن يأخذ أحدهما بقسط ثمنه من المائة لأن لئلا يلتزم بملك ما لم يأذن فيه.

فلو كان أحد العبدين يساوي مائة، والآخر يساوي أقل:

فأحد القولين: يأخذهما جميعاً بالمائة.

والقول الثاني: هو بالخيار بين، أن يأخذهما بالمائة، وبين أن يأخذ العبد الذي يساوي المائة بحصته من الثمن. فلو كان كل واحد منهما لا يساوي مائة، فالشراء غير لازم للموكل.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ عَلَى رَجلٍ حَقٌّ فَقَالَ لَهُ رَجُلٌ: وَكَّلَنِي فُلاَنٌ بِقَبْضِهِ مِنْكَ، فَصَدَّقَهُ وَدَفَعَهُ وَتَلَفَ، وَأَنْكَرَ رَبُّ الحَقِّ أَنْ يَكُونَ وَكَّلَهُ، فَلَهُ

الخِيَارُ. فَإِذَا أَغْرَمَ الدَّافِعُ، لَمْ يَرْجِعِ الدَّافِعُ عَلَى الْقَابِضِ، لأَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهُ وَكِيلٌ بَرِيءٌ. وَإِنْ أَغْرَمَ القَابِض لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَى الدَّافِعِ، لأَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهُ مَظْلُومٌ بَرِيءٌ»[1].

قال الماوردي: وصورتها: فيمن غاب وله مال على رجل، أو في يده، فحضر رجل ادعى وكالة الغائب في قبض ماله. فإن أقام على ما ادعاه في الوكالة بينة عادة حكم بها، والبينة شاهدان عدلان. فإن كان فيهما ابن مدعي الوكالة لم تقبل شهادته، لأنه يشهد لأبيه. وكذا لو كان فيهما ابن من عليه الحق، لم تقبل لأنه يشهد لأبيه بالبراءة من حق صاحب الحق بهذا الدفع. ولكن لو كان فيهما ابن صاحب الحق، قبلت شهادته لأنه يشهد على أبيه، لا له.

فإذا قامت البينة بالوكالة، أجبر الحاكم من عليه المال على دفعه إلى الوكيل، لأن لصاحب الحق أن يستوفيه بنفسه إن شاء وبوكيله إن شاء، وليس لمن هو عليه أن يمتنع من تسليمه إلى وكيل مالكه.

وإن لم يكن لمدعي الوكالة بينة يثبت بها الوكالة، لم يلزم من عليه الحق أن يدفعه إلى مدعي الوكالة، سواء صدَّقه على الوكالة أو كذبه.

وقال أبو حنيفة والمزني: إن صدقه على الوكالة لزمه دفع المال إليه، كالمصدق لمدعي ميراث رب المال يلزمه دفع المال إليه. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: وهو تعليل أبي إسحاق: أنه دفع لا يبرئه من حق الوكيل عند إنكار الوكالة، ومن لم يبرأ بالدفع عند إنكار، لم يجبر عليه. ألا ترى أن من عليه حق بوثيقة فله الامتناع عن الدفع إلا بإشهاد صاحب الحق على نفسه؟ ولو لم تكن عليه وثيقة، ففي جواز امتناعه من الدفع لأجل الشهادة وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق: له أن يمتنع لئلا يتوجه عليه يمين عند ادعائه بعد دفعه.

والثاني: ليس له أن يمتنع ولا يلزم صاحب الحق الإشهاد، لأنه إذا أنكر الحق بعد أدائه حلف باراً.

والتعليل الثاني: هو تعليل أبي علي بن أبي هريرة: أنه مقر في ملك غيره ومدع عقد

(١) مختصر المزني: ص ١١١.

وكالة لغيره، فلم تقبل دعواه، ولم يلزم إقراره. ألا ترى أن من عليه الحق لو أقر بموت صاحب الحق، وأن هذا الحاضر وصيه في قبض دينه، لم يلزم دفع المال إليه، وإن أقر باستحقاق قبضه، فكذا الوكيل؟ فأما اعترافه للوارث بموت صاحب الحق فيلزمه دفع المال إليه.

والفرق بينه وبين الوكيل: أنه مقر للوارث بالملك فيلزمه الدفع، لأنه ليس يبرأ به من الحق، ولا يصير الوكيل مالكاً، ولا يبرأ بقبضه من الحق.

فأما إن أقر من عليه المال بأن صاحبه قد أحال هذا الحاضر به، فهل يلزمه دفع المال إليه بإقراره أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يلزمه، لأنه مقر بالملك فصار كإقراره للوارث.

والثاني: لا يلزمه، لأنه لا يبرأ بالدفع عند الجحود فصار كإقراره بالتوكيل.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، لم يخل حال من عليه الحق من أن يصدق الوكيل، أو يكذبه. فإن كذبه على الوكالة وأنكره، فلا يمين عليه، وعليه عند أبي حنيفة والمزني: اليمين لوجوب الدفع عندهما مع التصديق. ولا يجوز مع تكذيبه للوكيل أن يدفع إليه المال، وإن صدقه على الوكالة لم يلزمه دفع المال إليه لما ذكرنا، لكن يجوز له في الحكم أن يدفعه إليه.

فإن دفعه إليه وقدم صاحب الحق، فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يعترف بالوكالة، أو ينكرها.

فإن اعترف بها، برىء من عليه الحق بالدفع، سواء وصل الموكل إلى حقه من وكيله، أو لم يصل إليه بتلفه.

فإن أنكر الوكالة، فالقول قوله مع يمينه. فإذا حلف، فله المطالبة بحقه، ثم لا يخلو حالة حقه من أحد أمرين: إما أن يكون عيناً، أو ديناً.

فإن كان حقه عيناً قائمة كالغصوب والعواري والودائع، فكل واحد من القابض والدافع ضامن لها. أما الدافع فلتعديه بالدفع، وأما القابض فليده عند إنكار توكيله. ويكون ربها بالخيار في المطالبة من شاء بها من الدافع أو القابض، سواء كانت باقية أو تالفة. إلا أنها إن كانت باقية، فله مطالبة القابض بها ومطالبة الدافع باسترجاعها. وإن كانت تالفة،

كان له مطالبة أيهما شاء بالقيمة. فإن طالب بها الدافع وأغرمه، برئا. ولم يرجع الدافع على القابض بغرمها، لأنه مقر أن القابض وكيل بريء منها وأنه مظلوم بها. وإن طالب القابض فأغرمه، برئا ولم يرجع القابض على الدافع بغرمها، لأنه مقر ببراءته منها وأنه هو المظلوم بها.

فصل: وإن كان الحق ديناً في ذمة الدافع، فالدافع ضامن له لبقائه في ذمته، وهل يكون القابض ضامناً له ويجوز لصاحب الدين مطالبته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي يكون ضامناً له، ولصاحبه مطالبة أيهما شاء به، لأنه مقر بقبض حقه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي الطبري، وأبي حامد الأسفراييني رحمهما الله: إن القابض غير ضامن له، وليس لصاحب الدين مطالبة القابض به، لأن دينه في ذمة الدافع، ولم يتبين حقه في ما صار بيد القابض، فلم يجز أن يطالب القابض به.

فعلى هذا، إذا رجع صاحب الدين وطالب من هو عليه بدينه واستوفاه منه، نظر: فإن كان ما دفعه إلى الوكيل قائماً في يده، رجع به. وإن كان تالفاً، لم يرجع به عليه بغرمه، لأنه مقر بأنه وكيل بريء منها، وأنه هو المظلوم بها، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ وَكَّلَهُ بِبَيْعِ سِلْعَةٍ فَبَاعَهَا نَسِيئَةً، كَانَ لَهُ نَقْضُ الْبَيْعِ بَعْدَ أَنْ يَحْلِفَ مَا وَكَّلَهُ إِلاَّ بِالنَّقْدِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. وقد ذكرنا أن الوكيل ليس له أن يبيع بالنسيئة إلا بصريح إذن من موكله، وإن إطلاق إذن الموكل يقتضي تعجيل الثمن، بخلاف قول أبي حنيفة. وإذا كان كذلك، تعلقت هذه المسألة بأربعة فصول:

فالفصل الأول: أن يأذن له في بيعه بالنقد فيبيعه بالنسيئة.

والفصل الثاني: أن يأذن له في بيعه بالنسيئة فيبيعه بالنقد.

والفصل الثالث: أن يأذن له في الشراء بالنقد، فيشتري بالنسيئة.

والفصل الرابع: أن يأذن له في الشراء بالنسيئة فيشتري بالنقد.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١١.

فأما الفصل الأول: وهو أن يأذن له في البيع بالنقد فيبيع بالنسيئة، فللوكيل والمشتري أربعة أحوال:

أحدها: أن يصدقاه على أن إذنه كان بالنقد، فلا يمين على الموكل لتصديقهما له بذلك، ويكون البيع على مذهب الشافعي في الجديد، والصحيح من مذهبه القديم باطلاً، أجازه الموكل أو لم يجزه، لوقوعه على غير الوجه المأذون فيه.

فعلى هذا، إن لم يكن من الوكيل التسليم، فلا ضمان عليه، ولا على المشتري. وإن سلم ذلك إلى المشتري، كان كل واحد من الوكيل والمشتري ضامناً، أما الوكيل فلتعديه بالدفع، وأما المشتري فلعلتين:

أحدهما: حصول يده على ما لزم ضمانه.

والثانية: قبضه عن بيع فاسد.

فإن كان المبيع باقياً استرجعه الموكل من يد المشتري، وله أن يأخذ الوكيل باسترجاعه. وإن كان تالفاً، فله أن يرجع بالقيمة دون الثمن على من شاء من الوكيل أو المشتري. فإن رجع بها على الوكيل، رجع الوكيل بها على المشتري لحصول التلف في يده. وإن رجع بها على المشتري، لم يرجع المشتري بها على الوكيل، إلا أن يكون قد دفع إليه الثمن فيرجع به. وكان ابن أبي هريرة يخرج في صحة البيع وجهاً في القديم، حيث قال الشافعي فيه: «إن الغاصب إذا أجر ما غصبه، كان المالك بالخيار بين إمضاء الإجارة وأخذ المسمى، وبين فسخها والمطالبة بأجرة المثل». فجعل الموكل على هذا الوجه مخيراً بين: إمضاء البيع ومطالبة المشتري بالثمن، وبين فسخه واسترجاع المبيع إن كان باقياً، أو القيمة إن كان تالفاً. فإن أمضيا البيع، فله مطالبة المشتري به دون الموكل. وإن فسخ، فله مطالبة أيهما شاء بالقيمة. وأنكر باقي أصحابنا هذا التخريج.

والحال الثانية: أن يكذبه الوكيل والمشتري ويزعمان أنه أذن في بيع النسيئة، فالقول قول الموكل مع يمينه، لأن الإذن من جهته، فكان الرجوع إليه في صفته. ويحلف لهما يميناً واحدة، لأنهما أكذباه في شيء واحد.

فإذا حلف، فإن كان المبيع باقياً استرجعه، وإن كان تالفاً رجع بالقيمة على من شاء من الوكيل والمشتري لكونهما ضامنين بما بيّنا. فإن رجع بالقيمة على المشتري، رجع المشتري على الوكيل بالثمن إن كان قد أقبضه إياه، سواء زاد على القيمة أو نقص منها.

وإن رجع الموكل بالقيمة على الوكيل، فإن كانت أقل من الثمن، رجع بها على المشتري. وإن كانت أكثر من الثمن، لم يرجع على المشتري إنْ زاد من القيمة على قدر الثمن، لأنه مقرٌّ أن الموكل ظالم بها، فلم يجز أن يرجع بها على غير من ظلمه.

والحال الثالثة: أن يصدقه الوكيل ويكذبه المشتري. فإن كان المبيع باقياً، فليس له الرجوع به إلا بعد يمينه، لأنه في يد المشتري المكذب، وإن كان تالفاً فله القيمة. وإن أراد الرجوع بها على الوكيل، لم يحتج إلى يمين لتصديقه له. وإن أراد الرجوع بها على المشتري، فلا بد من اليمين لتكذيبه له.

والحال الرابعة: أن يصدقه المشتري ويكذبه الوكيل. فإن كان المبيع باقياً، فلا يمين عليه لأنها في يد المشتري المصدق له. وإن كان تالفاً فله القيمة. فإن أراد الرجوع بها على المشتري، لم يحتج إلى يمين لتصديقه له. وإن أراد الرجوع بها على الوكيل، فلا بد من يمين لتكذيبه له. هذا حكم الفصل الأول.

فصل: فأما الفصل الثاني: وهو أن يكون أذن له في البيع بالنسيئة فيبيع بالنقد، فلا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون قد خرج بالنهي عن بيع النقد، أم لا.

فإن نهاه صريحاً عن بيع النقد، كان بيعه باطلاً، ثم الكلام في التصديق والتكذيب على ما مضى. وإن لم يصرح بالنهي عن بيع النقد، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يبيعه نقداً بما يساوي بالنقد. فالبيع باطل، لأنه قد فوَّت عليه فضل النسيئة.

والضرب الثاني: أن يبيعه نقداً بما يساوي نسيئة كأنّه يساوي بالنقد مائة وبالنسيئة مائة وخمسين، فيبيعه بمائة وخمسين نقداً. فمذهب الشافعي: أن البيع جائز لحصول الزيادة مع التعجيل. ومن أصحابنا من قال: لا يجوز بيعه، لأنه قد يكون له غرض في ثبوت الثمن في ذمة ملي. وهذا صحيح، لأن المقصود ببيع النسيئة أحد أمرين: إما تخريج البيع للكساد، أو عيب.

وإما طلب الفضل في الثمن وقد حصل به الأمران له بهذا البيع. فأما ما ذكره من ثبوت الثمن في ذمة ملي، فلا وجه له لأن من عليه الدين المؤجل إذا عجله لزمه قبوله. والله أعلم.

فصل: وأما الفصل الثالث: وهو أن يأذن له في الشراء بالنقد ويشتري بالنسيئة. فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يعين به الثمن الذي يشتري به. فالشراء غير لازم للموكل لأنه إذا اشترى بغير العين، كان مخالفاً ولزم الوكيل. وإن اشترى بالعين إلى أجل، كان باطلاً ولم يلزم الموكل ولا الوكيل.

والضرب الثاني: أن لا يعين له الثمن الذي يشتري به، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يشتري بما يساوي نسيئة وبأكثر مما يساوي نقداً، فالشراء غير لازم للموكل لما فيه من التزام فضل النساء، والشراء لازم للوكيل وإن لم يذكر اسم موكله. وإن ذكره، فعلى وجهين:

أحدهما: باطل.

والثاني: لازم للوكيل.

والضرب الثاني: أن يشتريه نسيئة بما يساوي نقداً، أو بأقل من ثمن النساء، فمذهب الشافعي رضي الله عنه: أن الشراء لازم للموكل لأنه قد حصل له غرضه في الاستصلاح مع تأجيل الثمن. ومن أصحابنا من قال: الشراء غير لازم للموكل لمخالفته وبقاء الثمن في ذمته. وهو قول من زعم أن الوكيل في بيع النساء لا يجوز بيعه نقداً.

فصل: وأما الفصل الرابع: وهو أن يأذن له في الشراء بالنسيئة فيشتري بالنقد، فالشراء غير لازم للموكل، لا يختلف فيه مذهب الشافعي وسائر أصحابه، سواء اشتراه بما يساوي نقداً أو نسيئة لما فيه من التزامه تعجيل ثمن لم يأذن به.

وهكذا لو أذن له أن يشتري إلى أجل، فاشتراه إلى أجل هو أقرب، لم يلزم الموكل. ولو اشتراه إلى أجل هو أبعد كان على مذهب الشافعي رضي الله عنه وعلى مذهب بعض أصحابه: غير لازم.

فصل: فأما خيار الشرط في البيع والشراء، فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون أذن لوكيله في اشتراط خيار الثلاث في عقد فلا يشترطه، فالبيع باطل والشراء غير لازم، لأنه عقده ولأن ما قد أذن له في عقد غير لازم.

والقسم الثاني: أن يأذن له في تركه وعدم اشتراطه. فإن شرطه فالبيع باطل والشراء غير لازم، لأنه عقده غير لازم، وقد أذن له في عقد لازم.

والقسم الثالث: أن يكون إذنه مطلقاً. فإنْ عقده الوكيل ناجزاً من غير خيار، صح البيع ولزم الموكل. وإن عقده بخيار الثلاث، ففي صحة العقد ولزومه للموكل وجهان:

أحدهما: يصح العقد ويلزم الموكل، لأن اشتراطه الخيار زيادة نظر له

والثاني: لا يصح العقد ولا يلزم الموكل، لأن العقد بالخيار يصير غير لازم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ وَكَّلَهُ بِشِرَاءِ سِلْعَةٍ فَأَصَابَ بِهَا عَيْباً، كَانَ لَهُ الرَّدُّ بِالْعَيْبِ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ أن يحلف مَا رَضِيَ بِهِ الآمِرُ. وَكَذَلِكَ المُقَارِضُ، وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَبِاللَّهِ التَّوْفِيقِ)[1].

قال الماوردي: إعلم أن للموكل إذا أمر وكيله بشراء عبد حالتين:

إحداهما: أن يعينه.

والثانية: أن يصفه ولا يعينه.

فإن وصفه ولم يعينه، لزمه أن يشتريه سليماً من العيوب، لأن إطلاق الصفة يقتضيه، ويجوز للعامل في القراض أن يشتري السليم والمعيب.

والفرق بينهما: أن شراء الوكيل للقنية، وليس في المعيب صلاح للمقتني، وشراء العامل في القراض طلباً للربح، وقد يوجد الربح في المعيب كوجوده في السليم. فإن اشترى الوكيل عبداً على الصفة وكان معيباً، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يشتريه عالماً بعيبه، فالشراء غير لازم للموكل لإقدامه على ابتياع ما لم يقتضيه الإذن؛ وهو لازم للوكيل على ما تقدم من اعتبار صفة الإذن في العقد.

والضرب الثاني: أن يشتريه غير عالم بعيبه، فللموكل إذا علم بعيبه أن يبادر إلى رده، ولا يلزمه استئذان موكله لأن رد المعيب في حقوق عقده. فلو قال البائع: قد أمهلتك في رده، فطالع موكلك بعيب، لم تلزمه المطالعة وكان له تعجيل الرد لما ذكرنا. فإن رده ثم جاء الموكل راضياً بعيبه، لم يكن لرضاه بعد الرد تأثير لفسخ البيع بالرد قبل الرضا.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١١.

ولو رضي يعيبه قبل رد الوكيل، لزم البيع ولم يكن للوكيل الرد. ولو رضي رب المال في القراض بعيب العبد المشترى، كان للعامل أن يرد بخلاف الوكيل.

والفرق بينهما: أن للعامل في القراض شركاً في الربح، وليس للوكيل فيه شرك. فإن ادعى البائع على الوكيل حين أراد الرد أن موكله رضي بالعيب، فلا يمين له على الوكيل. فإن ادعى عليه أنه قد علم برضا موكله بالعيب، وكان عليه أن يحلف بالله تعالى أنه ما علم موكله بالعيب، وله الرد واسترجاع الثمن؛ ثم للبائع إذا رد الثمن على الوكيل وظفر بالموكل أن يحلف بالله أيضاً ما رضي بعيب العبد الذي ابتاعه موكله قبل رده. فإن نكل عن اليمين، حلف البائع وحكم له بلزوم البيع واستحقاق الثمن. فهذا حكم الوكيل إذا رد بالعيب، والله أعلم.

فصل: فأما إن رضي الوكيل بالعيب، نظر في الموكل: فإن رضي بالعيب، كان الشراء لازماً له. وإن لم يرض بالعيب، نظر في عقد البائع: فإن كان قد سمَّى موكله فيه فله الرد، لأن مالك الشراء لا يلتزم عيباً لم يرض به. وإن لم يسم الموكل في عقده، نظر في البائع: فإن صدق الوكيل أن عقد الشراء لموكله كان له الرد، وإن لم يصدقه حلف له، ولا رد للوكيل على البائع لما تقدم من رضاه.

فأما الموكل، فلا ردّ له على الوكيل، لأن الردّ بالعيب مستحق على البائع المالك للثمن، ولكنْ له أن يرجع عليه بنقصان العيب، لأنه صار كالمستهلك له بما تقدّم من رضاه.

وفي كيفية رجوع الموكل به وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي يحيـى البلخي: إنه يرجع عليه بقدر النقص من ثمنه، فأما إن كان يسوي معيباً بمثل ما اشتراه، فلا شيء له على الوكيل لعدم النقص في الثمن، استشهاداً بأن من ادعى بيع عبده على رجل بألف وأنكر، وأقام المدعي بينة بالبيع، فحكم له بالثمن ثم رجع الشهود، فإن كان ثمن العبد ألفاً فلا غرم على الشهود. وإن كان ثمنه أقل من ألف، غرم الشهود برجوعهم قدر النقص من ثمنه.

والوجه الثاني: وهو قول جمهور أصحابنا: إنه يرجع على الوكيل بإرش العيب، سواء كان يسوي قدر ثمنه معيباً أم لا. لأن العيب إذا كان معه الرد مقدراً بالإرش وأن لم يكن معتبراً بنقص الثمن، وليس كالذي استشهد به من رجوع الشهود، لأن غارم الثمن

شهادتهم إنما يستحق الرجوع بما غرم؛ فإذا وصل إليه من الثمن لم يبق له حق يغرمه. فهذا حكم التوكيل في شراء عبد موصوف.

فصل: فأما إذا كان العبد معيباً، فهل للوكيل عند ظهور العيب أن يرده قبل استئذان موكله أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول جمهور أصحابنا: لا رد له إلا بعد استئذان موكله فيه، لأنه بالتعيين فيه قد قطع اجتهاده فيه، ولعله قد أمره بشرائه مع علمه بعيبه.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الإسفراييني: له الرد من غير استئذان، لأن الرد من حقوق عقده، ولئلا يكون مأخوذاً به إن لم يرض الموكل بعيبه.

فصل: فأما الوكيل في بيع عبد إذا أراد المشتري أن يرده عليه بعيب. فإن كان العيب مما لا يمكن حدوث مثله فرده على الوكيل بيمينه، إن لم يعلم بعيبه، أو بتصديق الوكيل من غير يمين، فللوكيل أن يرده على الموكل، لأنه بالعيب الذي كان به من قبل بيعه. وإن كان العيب مما يمكن حدوث مثله، فإن رده المشتري ببينة أقامها على تقدم عيبه، كان للوكيل أن يرده على الموكل. وإن رده على المشتري بتصديق الوكيل على تقدم عيبه، فليس للوكيل أن يرده على الموكل، لأن تصديق الوكيل غير مقبول على موكله. وإن رده المشتري بيمينه عند نكول الوكيل، فهل للوكيل رده على الموكل أم لا؟ على قولين مبنيين على اختلاف قوليه في اليمين بعد النكول: هل يقوم مقام البينة أو الإقرار؟.

فصل: وإذا دفع الرجل إلى وكيله دراهم ليدفعها سلماً في طعام، وأسلمها الوكيل في طعام، ثم إن المسلم إليه رد من الدراهم رديئه وصدقه عليها الوكيل، فأكذبه الموكل، فهي لازمة للوكيل دون الموكل، وفيها قولان حكاهما ابن سريج:

أحدهما: إنه يرجع ببدلها على الوكيل، ويكون الطعام في ذمته للموكل. وهذا على القول الذي يقوله الشافعي في مشتري الدراهم بغير أعيانها: إذا أصاب بها بعد القبض عيباً، إنه يبدِّلها.

والقول الثاني: إنه يردها على الوكيل. فإذا أدى الطعام إلى الموكل، رجع على الوكيل ما رده عليه من الطعام. مثاله: أن يكون قد رد عليه عشر الثمن، فيرجع عليه بعشر الطعام، وهذا على قول الشافعي: إن مشتري الدراهم إذا وجد بها عيباً ردها ولم تبدل.

فعلى هذا، للوكيل أن يستوفي قيمة ما دفع من عشر الطعام من الدراهم المعيبة التي ردت عليه، فإن كانت بإزاء حقه استوفاه. وإن كانت أقل من حقه، فليس له غيرها. وإن كانت أكثر من حقه، رد الزيادة ولم يأخذها.

فلو أبرأ الموكل المسلم إليه من الطعام بقسط المعيب، فليس للموكل أن يرجع بما في يد الوكيل من الدراهم المعيبة، لأنه يقر أنها ليست له. ولا للمسلم إليه أن يرجع بها، لأنه يقر أنها ليست له. فإن عاد الموكل فصدق المسلم إليه على أنها من دراهمه، رجع المسلم إليه بها على الوكيل، لأنه يقول: هي لي وقد أبرأني الموكل من طعامه، فبرئت. وإن قال الموكل: هي دراهمي فلي الرجوع بها، فللذي يسبق منهما صاحبه الرجوع بها على الوكيل.

فصل: إذا وكل الرجل وكيلاً في شراء عبد، فاشتراه الوكيل ودفع ثمنه من مال موكله، ثم استحق العبد، فهل يكون الوكيل خصماً في الرجوع بدرك الثمن على البائع بالوكالة الأولى أم لا؟.

ذكر أبو القاسم بن كج وجهين:

أحدهما: يكون خصماً فيه، لأنه من أحكام عقده.

والثاني: لا يكون خصماً إلا باستئناف وكالة. لأن ما اقتضته الوكالة قد تقضى. والصحيح عندي غير هذين الوجهين، وهو: أن ننظر، فإن استحق من يد الوكيل قبل وصوله إلى الموكل، كان الوكيل خصماً في الرجوع بدركه. وإن استحق في يد الموكل، لم يكن خصماً فيه إلا باستئناف وكالة، لأن بحصوله في يد الموكل قد نقضت أحكام وكالته وانقطعت عَلَقَه، وليس كذلك قبل وصوله.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: لِفلَانٍ عَلَيَّ دَيْنٌ وَقَدْ وَكَّلَ هَذَا بِقَبْضِهِ، لَمْ يَقْضِ الشَّافِعِيُّ عَلَيْهِ بِدَفْعِهِ لأَنَّهُ مُقِرٌّ بِتَوْكِيلِ غَيْرِهِ فِي مَالٍ لاَ يَمْلِكَهُ، وَيَقُولُ لَهُ: إِنْ شِئْتَ فَادْفَعْ أَوْ دَعْ، وَلاَ أَجْبِرُكَ عَلَى أَنْ تَدْفَعَ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١١١. وتتمة المسألة «قال: وللوكيل وللمقارض أن يردّا ما اشتريا بالعيب، وليس للبائع أن يحلِّفهما ما رضي ربُّ المال. وقال: ألا ترى أنهما لو تعدّيا لم ينتقض البيعُ ولزمهما الثمن، وكانت التباعة عليهما لربِّ المال».

قال الماوردي: وقد مضت هذه المسألة وذكرنا أن مدعى وكالة الغائب في قبض دينه لا يلزم دفع المال إليه ما لم يقم بينة به وسواء صدق من عليه الدين أنه وكيل الغائب في قبضه أو كذب ويجوز له مع تصديقه أن يدفع المال إليه جوازاً لا وجوباً. والله أعلم بالصواب. آخر كتاب الوكالة. والحمد لله رب العالمين كثيراً يتلوه كتاب الإقرار.

كِتَابُ الإِقْرَارِ بالحقوق والميراث والمواهب[١]

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلاَ يَجُوزُ إِلاَّ إِقْرَارُ بَالِغٍ حُرٍّ رَشِيدٍ وَمَنْ لَمْ يَجُزْ بَيْعُهُ لَمْ يَجُزْ إِقْرَارُهُ)[٢].

قال الماوردي: الأصل في الإقرار ولزوم الحكم به: الكتاب، والسّنة، وإجماع الأمة.

أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُونُوا قَوَّامِينَ بِالْقِسْطِ شُهَدَاءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَى أَنْفُسِكُمْ﴾[٣].

وقال تعالى: ﴿قَالَ أَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَى ذَلِكُمْ إِصْرِي قَالُوا أَقْرَرْنَا قَالَ فَاشْهَدُوا وَأَنَا مَعَكُمْ مِنَ الشَّاهِدِينَ﴾[٤].

وقال تعالى: ﴿وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْؤُولاً﴾[٥] يعني: بوفاء الإقرار والتزام حكمه.

وقال تعالى: ﴿وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ﴾[٦] يعني بالإملاء: الإقرار به، وليتق الله في التزامه فيه.

وقال تعالى: ﴿وَآخَرُونَ اعْتَرَفُوا بِذُنُوبِهِمْ﴾[٧].

---

(١) في مختصر المزني: كتاب الإقرار. باب الاقرار بالحقوق والمواهب، والعارية. والاقرار: هو إخبار عن حق سابق كما قال النووي في الروضة ٤/ ٣ والاقرار لغة: الاثبات، فقرّ يقرّ: إذا ثبت.

(٢) مختصر المزني: ص ١١٢.

(٣) سورة النساء، الآية: ١٣٥.

(٤) سورة آل عمران، الآية: ٨١.

(٥) سورة الإسراء، الآية: ٤٣.

(٦) سورة البقرة، الآية: ٢٨٢.

(٧) سورة التوبة، الآية: ١٠٢.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «مَنْ أَتَى مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَاتِ شَيْئاً فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ، فَإِنَّهُ مَنْ يَبْدِ لَنَا صَفْحَتَهُ نَقُم حَدَّ اللَّهِ عَلَيْهِ»(١).

وقال ﷺ: «يَا أُنَيْسُ إغْدُ عَلَى امْرَأَةِ هَذَا، فَإِنِ اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا»(٢).

وقد رجم رسول الله ﷺ ماعزاً بإقراره، ورجم الغامدية بإقرارها(٣)، وقطع سارق رداء صفوان بإقراره(٤). وقد حكم الخلفاء الراشدون بالإقرار في قضاياهم، ولم يزل الحكام يعملون عليه ويأخذون به.

---

(١) حديث زيد بن أسلم: «أنّ رجلاً اعترف على نفسه بالزّنا على عهد رسول الله ﷺ، فدعا له رسول الله ﷺ بسوطٍ، فأتِيَ بسوط مكسور، فقال: «فوق هذا» فأتي بسوطٍ جديد لم تقطع ثمرتهُ، فقال دون هذا، فأتي بسوطٍ قد ركب به ولان، فأمر رسول الله ﷺ فجلُد ثم قال: يا أيها الناس، قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود اللّه.

أخرجه مالك في الموطأ ـ كتاب الحدود (١٥٦٢) من طبعة دار الفكر. وستأتي المسألة في كتاب الحدود.

(٢) حديث أبي هريرة وزيد بن خالد الجهني: «أن رجلاً من الأعراب أتى رسول الله ﷺ، فقال: يا رسول الله، أنشدُكَ اللّهَ إلا قضيت لي بكتاب الله، فقال الخصم الآخر وهو أفقه منه: نعم، فاقض بيننا بكتاب اللّه، وائذنْ لي، فقال رسول الله ﷺ: قلْ، قال: إنّ إبني كان عسيفاً على هذا، فزنى بامرأته، وأني أُخبرتُ أنّ على ابني الرّجم، فافتديتُ منه بمائة شاةٍ ووليدة، فسألت أهل العلم فأخبروني، إنما على ابني جلد مائة وتغريب عام، وأنّ على امرأة هذا الرجم. . . .».

أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٨٨٢ والشافعي في مسنده ٢/ ٧٨ ـ ٧٩ والبخاري (٦٦٣٣) و(٦٨٤٢) ومسلم (١٦٩٧). وأبو داود (٤٤٤٥) والترمذي (١٤٣٣) والنسائي ٨/ ٢٤٠ ـ ٢٤١، وابن ماجة (٢٥٤٩) والبيهقي ٨/ ٢١٩ ـ ٢٢٢ وأحمد ٤/ ١١٥ ـ ١١٦ والبغوي (٢٥٧٩) وسيأتي في كتاب الحدود من طرق أخرى.

(٣) أمّا رجم ماعز بإقراره: فهو حديث أبي سعيد الخدري: أنّ ماعز بن مالك أتى النبي ﷺ فقال: إني أصبتُ فاحشة، فردّه النبي ﷺ مراراً. . . وساق الحديث.

أخرجه مسلم في الحدود (١٦٩٤) (٢١) وأبو داود (٤٤٣١) والبيهقي ٨/ ٢٢٠ ـ ٢٢٢ وأحمد ٣/ ٦١ ـ ٦٢.

ثم حديث أبي هريرة في إقرار ماعز عند البخاري في الطلاق (٥٢٧١) والحدود (٦٨١٥) و(٦٨٢٥) والأحكام (٧١٦٧) ومسلم في الحدود (١٦٩١) (١٦) والترمذي (١٤٢٨) والبيهقي ٨/ ٢١٩.

أمّا رجم الغامدي بإقرارها، فحديث سليمان بن بريدة عن أبيه: قال: ثمّ جاءته امرأة من غامد من الأزد، فقالت: يا رسول الله، طهرّني، فقال: ويحكِ ارجعي فاستغفري الله وتوبي إليه. . . وساق الحديث. عند مسلم (١٦٩٥) (٢٢) و(٢٣) وحديث عمران بن حصين (١٦٩٦) وأبو داود (٤٤٤١) والترمذي (١٤٣٥) والدارمي ٢/ ١٨٠ والبيهقي ٨/ ٢٢٥ وأحمد ٤/ ٢٢٩ ـ ٢٣٠.

(٤) حديث صفوان بن أمية، أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٨٣٤ والشافعي في مسنده ٢/ ٨٤ وأبو داود (٤٣٩٤) =

ولأن أكثر الحقوق لا يصول إليها إلا بالإقرار، فكانت الضرورة داعية إلى الأخذ به، والحاجة ماسة إلى العمل عليه. ولأنه لما لزم الحكم بالشهادة مع احتمالها، كان الحكم بالإقرار مع قلة الاحتمال فيه أولى. وكذلك كتب الحكام في قضاياهم إذا كانت عن شهادة، أن كل ذي حق على حقه، ولم يكتبوا مثل ذلك في الحكم بالإقرار.

فصل: فإذا ثبت وجوب الحكم بالإقرار، فحقيقة الإقرار: الإخبار بحق عليه. وحقيقة الشهادة: الإخبار بحق على غيره.

فاجتمعا من حيث، أن كل واحد إخبار بحق، وافترقا من حيث إن الحق في الإقرار عليه، والحق في الشهادة على غيره.

فصل: وإذا كان كذلك فالإقرار لا يصح إلا بشروط أربعة: بمقرٍّ، ومقرٍّ له، ومقرٍّ به، ومقر عنده.

فأما الشرط الأول: وهو المقر: فهو المخبر بالحق عليه. والمقرون ضربان: مكلف، وغير مكلف.

فأما غير المكلف، وهو الصبي والمجنون، فإقرارهما باطل، سواء كان بمال أو بدين، ولا يتعلق به حكم في الحال، ولا بعد البلوغ والإفاقة.

وجوز أبو حنيفة إقرار المراهق إذا كان بإذن أهله، أو كان مأذوناً له في عقد فأقر بدين، صحَّ بناء على صحة إسلامه وجواز عقده بإذن وليه؛ واستدلالاً بأن من صحت وصيته، صح إقراره كالبالغ.

وهذا خطأ، لأن عدم التكليف يمنع من صحة الإقرار كالجنون، ولأن كل إقرار منع منه الجنون، منع منه الصغر كالإقرار بالبدن. ولأن الأصل الذي بني عليه جواز إقراره: إنه ممن يصح إسلامه ويجوز عقده، لا نسلمه، بل لا يصح إسلامه ولا يجوز عقده، وسيأتي الكلام فيه مستوفياً في موضعه إن شاء الله تعالى.

وأما قياسه على الوصية ففي جواز وصيته قولان:

أحدهما: باطلة. فعلى هذا سقط السؤال.

= والنسائي ٨/ ٦٩ وابن ماجة (٢٥٩٥) وصححه الحاكم ٤/ ٣٨٠ وأحمد ٣/ ٤٠١ وستأتي وجوه الحديث في الحدود.

والثاني: جائزة. فعلى هذا الفرق بين إقراره ووصيته: أن في لزوم إقراره إضراراً به، فسقط. وفي صحة وصيته رفقاً به، فأمضيت.

وأما المكلف فضربان: محجور عليه، وغير محجور عليه. أما غير المحجور عليه: فهو البالغ الرشيد العاقل، فإقراره صحيح إذا أقر مختاراً، وباطل إن أقر مكرهاً. وسواء كان المقر رجلاً أو امرأة، مسلماً أو كافراً، عدلاً أو فاسقاً، وإقرار جميعهم لازم.

وأما المحجور عليه فضربان:

أحدهما: من حجر عليه لأجل نفسه.

والثاني: من حجر عليه لأجل غيره.

فأما المحجور عليه لأجل نفسه، فهو السفيه. وإن أقر ببدن من قصاص أو حد، نفذ إقراره فيه، لأنه لا حجر عليه في بدنه. وإن أقر بمال لم يلزم إقراره فيه ما كان الحجر عليه باقياً، فإن فك حجره لم يلزم ذلك حكماً لبطلان الإقرار، ولزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى إذا كان على يقين من لزومه. وسواء كان ما أقرَّ به حقاً لله تعالى، أو حقاً لآدمي. فلو كان حين أقر سفيهاً، لكن لم يحجر عليه الحاكم، فإقراره لازم في المال والبدن جميعاً، وهو في الإقرار كالرشيد.

وأما المحجور عليه لأجل غيره، فأربعة:

أحدهم: العبد المحجور عليه لأجل سيده.

والثاني: المفلس محجور عليه لأجل غرمائه.

والثالث: المريض محجور عليه لأجل ورثته.

والرابع: المرتد محجور عليه في حق بيت المال.

ومعنى الحجر في كل واحد منهم مختلف ومنفرد الحكم في إقرار كل واحد منهم.

أما العبد فإقراره على ضربين:

أحدهما: في بدن كحدٍ أو قصاصٍ، فإقراره به لازم، واستيفاؤه في الحال واجب، صدق السيد أو كذب.

والضرب الثاني: مال. فعلى ضربين:

أحدهما: عن جناية، فإقراره به غير لازم في الحال، إلا أن يصدق السيد فيتعلق الإقرار برقبته، وتباع فيما أقر به من جنايته. وإن كان السيد مكذباً تعلق بذمته، ويؤخذ به بعد عتقه ويساره.

والضرب الثاني: أن يكون عن معاملة. فإن كان مأذوناً له في التجارة، كان إقراره لازماً فيما بيده، صدق السيد أم كذب، لأنه مسلط عليه بالإذن. وإن كان غير مأذون له في التجارة، كان إقراره متعلقاً بذمته، يؤخذ به بعد عتقه ويساره، سواء صدق السيد أم كذب.

ونحن نستوفي شرح ذلك وما يتعلق بالخلاف فيه من بعد.

وأما المفلس، فإقراره لازم في حال حجره. لكن إن صدقه الغرماء كان المقر له شريكاً له في ماله يخاصمهم بقدر ما أقر به، وإن كذبه الغرماء فعلى قولين مبنيين على اختلاف قوليه في حجره: هل يجري مجرى السفه، أو يجري مجرى حجر المرض؟.

أحدهما: أنه يجري مجرى حجر السفه، فعلى هذا لا يشارك الغرماء به، ويؤخذ به بعد فك حجره.

والثاني: أنه يجري مجرى حجر المرض، فعلى هذا يشاركهم في ماله بالقدر الذي أقر به.

وأما المريض فإقراره لازم في المال والبدن، وفيه مسائل تأتي مسطورة.

وأما المرتد فإقراره في بدنه لازم قبل الحجر وبعده، وأما إقراره في ماله، فإن كان بعد حجر الحاكم عليه فقد اختلف أصحابنا في حجره على وجهين:

أحدهما: أنه يجري مجرى حجر المرض، فعلى هذا عقوده لازمة وإقراره نافذ.

والثاني: أنه يجري مجرى حجر السفه، فعلى هذا عقوده باطلة، وفي إقراره وجهان.

وإن كان إقراره قبل حجر الحاكم عليه فقد اختلف أصحابنا: هل يصير محجوراً عليه بنفس الردة، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: قد صار محجوراً عليه. فعلى هذا يكون إقراره على ما مضى.

والثاني: أنه لا يصير محجوراً عليه إلا بحكم. فعلى هذا يكون إقراره لازماً نافذاً.

فأما السكران فلا يخلو حال سكره من أحد أمرين: إما أن يكون من معصية، أو من غير معصية.

فإن كان من غير معصية، فإقراره باطل لا يلزم في مال ولا بدن، كالمجنون والمغمى عليه، ولا يؤخذ بشيء منه بعد إفاقته.

وإن كان سكره معصية، فالمذهب: لزوم إقراره في المال والبدن، كما يقع طلاقه.. وقد خرج المزني قولاً في القديم: إن طلاقه لا يقع. فعلى هذا، إقراره لا يلزم في مال ولا بدن.

فأما الذي يجن في زمان ويفيق في زمان، فإن أقرَّ في زمان جنونه بطل إقراره، وإن أقر في حال إفاقته لزم إقراره. فلو اختلفا بعد إفاقته: هل كان الإقرار في حال الجنون، أم الإفاقة؟ فقال المقر: كنت عند الإقرار مجنوناً، وقال الآخر: بل كنت مفيقاً، فعلى وجهين. فهذا حكم المقر.

قال الشافعي: ومن لم يجز بيعه لم يجز إقراره. وفيه لأصحابنا تأويلان:

أحدهما: من لم يجز بيعه بحال كالصبي والمجنون، لم يجز إقراره في حال من الأحوال. وهذا قول ابن أبي هريرة.

والثاني: أن من لم يجز بيعه في شيء، لم يجز إقراره في ذلك الشيء، فهذا الكلام في الشرط الأول وهو مسألة الكتاب.

فصل: وأما الشرط الثاني وهو: أن المقر له، فهو المستحق لما تضمنه الإقرار من حق. ولا يخلو حاله من أحد أمرين:

إما أن يكون آدمياً. أو غير آدمي.

فإن كان آدمياً، فلا يخلو حاله من أحد أمرين: أن يكون حراً، أو عبدا.

فإن كان حراً صح الإقرار له، صغيراً كان أو كبيراً، عاقلاً أو مجنوناً، مسلماً أو كافراً، رجلاً أو امرأة، لأن كل هؤلاء يصح أن يملكوا.

وإن كان عبداً، فإن كان الإقرار مما يصح أن يملكه دون سيده كالإقرار بالزوجية، صح الإقرار له. وإن كان مما لا يصح أن يملكه، كان الإقرار لسيده، وكان اسم العبد معاراً فيه، فيعتبر فيه قبول السيد دونه.

وإن كان الإقرار لغير آدمي كإقراره لبهيمة أو عقار أو مسجد أو رباط، فلا يخلو حال الإقرار من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يضاف إلى وجه مستحيل، كإقراره لذلك بدين من معاملة، فيكون باطلاً.

والقسم الثاني: أن يضاف إلى وجه يصح ولا يستحيل، كإقراره لمسجد بمالٍ من وصية، أو لرباط بمال من وقف عليه، أو لماشية مسبلة معلومة من وصية أو صدقة، فهذا إقرار لازم وليس بتمليك، وإنما هو إقرار بجهات تنصرف المال فيها.

والقسم الثالث: أن يكون مطلقاً وفي صحته وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في المقر للحمل بإقرار مطلق، فهذا الشرط الثاني.

فصل: وأما الشرط الثالث: وهو المقرّ به، فهو ما تضمنه الإقرار. واختلف أصحابنا في حده.

فقال بعض أصحابنا: هو كل شيء جازت المطالبة به. وقال آخرون: بل هو كل شيء جاز الانتفاع به، وهذا أصح لأنه حد لما تجوز المطالبة به، ولما يجوز الإقرار به. لأن كل شيء صح الإقرار به، سمعت الدعوى فيه، وما رد في أحدهما رد في الآخر، ولا تسمع الدعوى في مجهول إلا في موضع واحد وهو أن يقول: وصى لي زيد بشيء من ماله فتسمع هذه الدعوى المجهولة على وارثه، ويرجع إلى بيانه فيها لجواز الوصية بالشيء المجهول، ولا تصح الدعوى المجهولة فيما سواه.

فإذا ثبت ما ذكرنا، فلا يخلو حال المقر به من أحد أمرين: إما أن يكون في بدنه، أو مال.

فأما البدن فضربان: حق لله. وحق للآدمي.

فأما حق الله تعالى كحد الزنى وشرب الخمر، فليس عليه الإقرار، بل هو مندوب إلى ستره والتوبة منه. قال ﷺ: «مَنْ أَتَى مِنْ هَذِهِ الْقَاذُورَاتِ شَيْئاً فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ، فَإِنَّهُ مَنْ يُبْدِ لَنَا صَفْحَتَهُ نَقُمْ حَدَّ اللَّهِ تَعَالَى عَلَيْهِ»[1].

وأما حق الآدمي فالقصاص وحد القذف، فعليه الإقرار به والتمكين من استيفائه، وأما المال فضربان:

أحدهما: حق الله تعالى كالزكوات والكفارات، فليس عليه الإقرار به، وإنما عليه أداؤه من غير إقرار.

---

(١) سبق تخريجه في أول الباب.

والثاني: حق الآدميين، وهو على ستة أضرب:

أحدها: ما كان عيناً كعبد أو ثوب.

والثاني: ما كان ديناً كمالٍ في الذمة.

والثالث: ما كان منفعة مال، كمنافع الإيجارات.

والرابع: ما كان منفعة مباحة من غير مال، كالأنجاس المنتفع بها والكلاب المعلمة.

والخامس: ما كان من حقوق الأموال، كالشفعة.

والسادس: ما كان من حقوق غير الأموال، كالزوجية والقسم.

فهذا كله لا يخلو حال مستحقه: أن يكون عالماً به، أو غير عالم. فإن كان عالماً به، لزمه أداؤه من غير إقرار ما لم يقع تنافر فيه. وإن كان غير عالم به، لزمه الأمران معاً: الإقرار به، والأداء له. فهذا الشرط الثالث.

فصل: وأما الشرط الرابع: وهو المقر عنده، فهو من يصير به الحق محفوظاً. وهو أحد أمرين:

إما حاكم يلزم، أو شاهد متحمل. وليس للإقرار عند غير هذين تأثير.

فإن كان الإقرار عند حاكم، فمن شرطه أن يكون بعد سماعه الدعوى عليه، وإن أقرّ قَبل سماع الدعوى ومن غير دعوى، ففي صحة الإقرار لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يصح. وحكاه ابن المنذر عن الشافعي.

والثاني: لا يصح، وهو اختيار البصريين.

ويشبه أن يكون اختلافهم في هذا مخرجاً من اختلاف قوليه: هل للحاكم أن يحكم بعلمه، أم لا؟

فإن قيل: بجواز حكمه، صح الإقرار عنده قبل سماع الدعوى. وإن قيل: لا يجوز له الحكم بعلمه، لم يصح الإقرار عنده قبل سماع الدعوى.

وإن كان الإقرار عند شاهدين، فمن شرطه أن يسترعيهما الإقرار، فيقول بعد إقراره: إشهدا عليَّ بذلك. فإن لم يسترعهما وأقر عندهما، أو سمعاه يقر من غير قصد لهما، ففي

صحة تحملهما وجواز شهادتهما عليه بذلك وجهان، نذكر توجيههما في موضعه إن شاء الله تعالى.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِذَا قَالَ الرَّجُلُ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ شَيْءٌ ثُمَّ جَحَدَ، قِيلَ لَهُ: أَقِرَّ بِمَا شِئْتَ مِمَّا يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ شَيْءٍ مِنْ تَمْرَةٍ أَوْ فِلْسٍ، وَأَحْلِفْ مَا لَهُ قِبَلَكَ غَيْرُهُ، فَإِنْ أَبَى حَلَفَ المُدَّعِي عَلَى مَا ادَّعَى وَيَسْتَحِقُّهُ مَعَ نُكُولِ صَاحِبِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح، والإقرار على ضربين: مفسر، ومجمل. فالمفسر على ضربين: مستوفى، ومقصر.

فالمستوفى كقوله: له عليَّ مئة دينار قاشانية، فيكون الإقرار مفهوم الجنس والقدر والصفة، فلا يحتاج إلى سؤال عنه، ويحكم به عليه إن قبله المدعي.

والمقصر أن يقول له: عليَّ مئة دينار، فيكون الإقرار مفهوم الجنس والقدر مجهول الصفة، فلذلك صار مقصراً، فيسأل عن صفة الدنانير، ويحكم عليه بما يفسره من صفتها إن قبله المدعي.

وأما المجمل، فعلى ضربين: عام. وخاص.

فالخاص أن يقول: له عليَّ مال، فكان خاصاً لاختصاصه بالمال دون غيره، ومجملاً من جنسه وسنذكر حكمه.

وأما العام فقوله: له عليَّ شيء، لأن الشيء أعم الأسماء كلها، لإطلاقه على الموجودات كلها، واختلف في إطلاقه على المعدومات.

فإن أقر بشيء، سئل عن تفسيره جنساً وصفة وقدراً، لأن اسم الشيء لا يدل على واحد منها، ثم له حالتان: حالة تفسير. وحالة لا تفسير.

فإن لم يفسر عند سؤال الحاكم له عن التفسير، أعاد القول عليه ثانية، فإن أبى التفسير أعاد عليه ثالثة.

واختلف أصحابنا في إعادة ذلك عليه ثلاثاً، فقيل: هل هو شرط في الحكم عليه، أم استحباب؟ على وجهين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٢.

أحدهما: أنه شرط لا يجوز الحكم قبله ليستحق بالتكرار امتناعه من التفسير.

والوجه الثاني: استحباب وليس بشرط. فإن حكم عليه قبل إعادة القول ثلاثاً أجزأ بعد إعلامه أنه يحكم عليه بعد امتناعه، فإذا امتنع عن التفسير بعدما وصفنا، ففيه قولان:

أحدهما: وهو المنصوص عليه في هذا الموضوع وفي أحد كتابي الإقرار: أنه يجعله ناكلاً، وترد اليمين على المقر له، فأي شيء حلف عليه حكم له به، لأنه بالامتناع من التفسير كالممسك عن جواب الدعوى، فاقتضى أن يصير ناكلاً.

والقول الثاني: قاله في الكتاب الآخر من كتاب الإقرار أنه يحبسه حتى يفسر، لأنه قد صار مقراً، وبالامتناع عن التفسير يصير كالمانع من حق عليه، فوجب أن يحبس به.

فصل: فأما إن فسر، فلا يخلو حال تفسيره من أحد أمرين: إما أن يفسر بما تثبت عليه اليد. أو بما لا تثبت عليه اليد؟

فإن فسر بما لا تثبت عليه اليد كقوله: أردت شمساً، أو قمراً، أو كوكباً، أو ريحاً، أو ناراً، لم يكن شيء من ذلك مفسراً. وكذا لو فسره بتافه حقير كتمرة، أو لقمة، لم يكن مفسراً لأنه وإن كان اسم الشيء عليه منطلقاً، فهو مما لا يستحق به مطالبة، ولا يتوجه إليه إقرار لأمرين:

أحدهما: ارتفاع اليد عنه.

والثاني: مساواة الجميع فيه.

وإن فسره بما تثبت عليه اليد، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مالاً.

والثاني: غير مال.

فإن فسره بما يكون مالاً كتفسيره ذلك بالدراهم والدنانير والبر والشعير والدور والعقار والعروض والسلع، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يكون موافقاً لجنس الدعوى.

والثاني: أن يكون مخالفاً.

فإن كان موافقاً لجنس الدعوى، مثل أن يكون عليه دراهم فيفسر الشيء بالدراهم، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون موافقاً لقدر الدعوى، مثل أن تكون الدعوى عليه مائة درهم فيفسر الشيء بمائة درهم، فهذا مقر بجميع الدعوى، ومصدق عليها، فصار مصدقاً في تفسيره.

والضرب الثاني: أن يكون غير موافق لقدر الدعوى، مثل أن تكون الدعوى عليه مائة درهم فيفسر الشيء بخمسين درهماً، فيحكم عليه بالقدر الذي فسره، ويحلف على باقي الدعوى الذي أنكره.

فإن كان مخالفاً لجنس الدعوى، مثل أن تكون الدعوى عليه دراهم فيفسر الشيء بالدنانير، فيقال للمدعي: هل تدَّعي عليه ما فسره من الدنانير أم لا؟.

فإن قال: أنا أدعيها وأدعي الدراهم، حكم له بالدنانير التي فسرها المقر، واحلف له على ما ادعاه من الدراهم.

وإن قال: لست أدعي الدنانير، لم يحكم على المقر بها، وأحلف المقر على ما ادعاه المدعي من الدراهم.

وإن كان المدعي صدقه على أنه أراد بالشيء ما فسره من الدنانير، ولكن قال: هو غير ما ادعيت، احلف المقر بالله ما يستحق عليه ما ادعاه عليه من الدراهم.

وإن قال: بل أراد بالشيء الذي أقر به ما ادعيته من الدراهم، ولكن كذب في التفسير، حلف المقر بالله ما أراد بالشيء الذي أقر به الدراهم التي ادعيت عليه بها.

فأما إذا فسر الشيء بما ليس بمالٍ، مثل أن يفسره بخمر أو خنزير أو كلب أو جلد ميتة، ففي قبول هذا التفسير منه ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه مقبول، ويسأل عنه المدعي على ما مضى، لأنه مع انطلاق الشيء عليه مما تمتد اليد إليه.

والوجه الثاني: أنه غير مقبول في التفسير، لأنه ليس بمال، ويكون كمن لم يفسر.

والوجه الثالث: أنه إن كان مما تقر عليه باليد ويجوز الانتفاع به كالكلب وجلد الميتة، كان مفسراً به، لأن الدعوى قد تصح أن يتوجه إليه.

وإن كان مما لا تقر عليه اليد ولا يجوز الانتفاع به كالخمر والخنزير، لم يكن به مفسراً، لأن الدعوى لا تصح أن يتوجه إليه. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَسِوَاءٌ قَالَ لَهُ: عَلَيَّ مَالٌ، أَوْ مَالٌ كَثِيرٌ، أَوْ عَظِيمٌ، فَإِنَّمَا عليه ما يَقَعُ عَلَيْهِ اسْمُ مَالٍ. الفصل)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قال: له عليَّ مال، فهذا من المجمل الخاص، فإن لم يصله بصفة زائدة واقتصر على قوله: له عليَّ مال، رجع في تفسيره إليه. فما فسره من شيء قلَّ أو كثر من أي جنس كان من أجناس الأموال، قبل منه، وهذا متفق عليه.

وإن فسره بمحرم لا تجوز المعاوضة عليه، لم يقبل منه وجهاً واحداً. لأنه ليس بمال، فإن امتنع من تفسيره، كان على قولين مضيا.

فأما إذا وصل إقراره بأن قال: له عليَّ مال كثير أو مال عظيم، فقد اختلفوا في قدر ما يجب عليه على مذاهب شتى:

فقال أبو حنيفة: لا تقبل منه أقل من مئتي درهم، أو عشرين ديناراً، وهو النصاب المزكى من الأثمان.

وقال مالك: لا أقبل أقل من ربع دينار، أو ثلاثة دراهم، هو النصاب الذي تقطع فيه اليد.

وقال الليث بن سعد: أقل ما نقبل منه، اثنان وسبعون درهماً.

وقال الشافعي: نرجع إلى تفسيره، فما فسره به من شيء أخذ منه وإن قلّ، سواء كان من جنس الأثمان أو من غيرها.

واستدل أبو حنيفة لمذهبه: بما روي عن عبد الرحمن بن عوف، أنه مر برجل يحلفُ في المقام فقال له: أفي دم؟ قيل: لا، قال: أفعلى عظيم من المال؟ قيل: لا، فقال: لقد خشيت أن يتهاون الناس بهذا المقام.

فحملتم قوله: «أفعلى عظيم من المال» على مئتي درهم أو عشرين ديناراً، فلزمكم مثل ذلك في الإقرار. قال: ولأن الله تعالى أمر بالمواساة من الأموال الكثيرة بقوله تعالى:

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٢. وتتمة الفصل: «فأمّا من ذهب إلى ما تجب فيه الزكاة فلا أعلمه خبراً ولا قياساً. أرأيت إذا أغرمت مسكيناً يرى الدرهم عظيماً أو خليفة يرى ألف ألف قليلاً إذا أقرّ بمالٍ عظيم مائتي درهم، والعامة تعلم أن ما يقع في القلب من مخرج قوليهما مختلف، فظلمت المقرّ له إذ لم تعطه من خليفةٍ إلا التّافه، وظلمت المسكين إذا أغرمته أضعاف العظيم إذْ ليس عندك في ذلك إلا محمل كلام الناس».

﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ﴾(١) . ولا فرق بين الأموال وبين مال كثير، ثم لم تؤخذ الزكاة من أقل من مئتي درهم ولا أقل من عشرين ديناراً، لخروجه من حكم اللفظ، فكذا في الإقرار.

وأما مالك فاستدل لمذهبه بقول عائشة: «ما كانت تقطعُ اليدُ في عهد رسول الله ﷺ في الشيء التافه»(٢). فدل على أن ما لا يقطع فيه مال تافه حقير، فخرج من أن يكون مالاً عظيماً، ولأنه أقل المقادير في الشرع فاقتضى أن يكون أصلاً في الإقرار بالمال المطلق.

وأما الليث بن سعد فاستدل لمذهبه بقوله تعالى: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾(٣) . فعدت فكانت اثنين وسبعين موطناً.

والدليل على جميعهم أن العظم إذا كان صفة لمقدّر لم يوجب زيادة على ذلك القدر، كقوله: له عليَّ درهم عظيم، لا يجب عليه أكثر من درهم لو لم يصفه بعظم. فكذا إذا كان صفة لمجمل، لم يزد على قدر ذلك المجمل. فلما كان لو أقر بمال لم يكن المال مقدراً، وجب إذا أقر بمال عظيم أن لا يصير مقدراً.

ودليل آخر وهو: أن العظيم صفة تنطلق على كل قدر من قليل وكثير، لأن القليل قد يكون عظيماً بالإضافة إلى ما هو أقل منه، والعظيم قد يكون قليلاً بالإضافة إلى ما هو أعظم منه، قال الله تعالى: ﴿قُلْ مَتَاعُ الدُّنْيَا قَلِيلٌ وَالآخِرَةُ خَيْرٌ لِمَنْ اتَّقَى﴾(٤) فجعل متاع الدنيا قليلاً بالإضافة إلى الآخرة التي هي خير منه.

وقال تعالى: ﴿فَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ خَيْراً يَرَهُ وَمَنْ يَعْمَلْ مِثْقَالَ ذَرَّةٍ شَرًّا يَرَهُ﴾(٥) فجعل ذلك كثيراً لتوجه الوعد والوعيد إليه، فصار إطلاق العظيم يقتضي إضافته إلى المجهول، لجواز إضافته إلى القليل والكثير، والمجهول لا يكون مقدراً.

ودليل آخر وهو: أن العظيم لا يتقيد في الشرع ولا في اللغة ولا في العرف حداً، ولا يختص من الأموال جنساً ولا قدراً، لأنه يحتمل أن يراد به عظيم الجنس، ويحتمل أن يراد بالعظيم أنه حلال، أو أنه موجب للثواب والعقاب. ولأن عظيم القدر قد يختلف عند الناس بحسب اختلاف يسارهم وإعسارهم، فالخليفة يرى الألف قليلاً، والفقير يرى الدرهم

(١) سورة التوبة، الآية: ١٠٣.

(٢) حديث عائشة: «القطع في ربع دينار فصاعداً» ستأتي المسألة مبسوطة في الحدود، حدّ السّرقة.

(٣) سورة التوبة، الآية: ٢٥.

(٤) سورة النساء، الآية: ٧٧.

(٥) سورة الزلزلة، الآيتان: ٧ ـ ٨.

عظيماً. ثم يختلف باختلاف سعة النفوس وضيقها، فذو النفس الواسعة يرى الكثير قليلاً، وذو النفس الضيقة يرى القليل كثيراً عظيماً، ومع اختلاف الاستعمال له وتباين المراد به، يبطل أن يكون له حداً أو يتناول من الأموال جنساً.

فأما الجواب عن حديث عبد الرحمن فهو: أن مراد عبد الرحمن لم يعرف بظاهر اللفظ، إنما عرف بقرينة صحبته، لأنه فرق بين قليل المال وكثيره بإضافته إلى الدم تغليظاً، فعقل من سمعه منه مع ما شاهده من حاله فيه، أن مراده بالمال العظيم مئتا درهم أو عشرون ديناراً. ولو وجد في الإقرار مثله لقلناه، ثم هو أبعد الناس استدلالاً به، لأنهم لا يقولون به فيما ورد فيه.

وأما ما ذكره من نصب الزكوات، فلو جاز أن يتقدر في الذهب والورق بالنصاب منهما لتقدر في المواشي بالنصب فيها، ثم المال لا يختص بالذهب والورق دون غيرهما، فلم جعله مختصاً به أو مقدراً فيهما، وهلا جعله في الأموال ومقدراً بنصاب من كل مال؟

وأما الجواب عن استدلال مالك بحديث عائشة فهو: أنه دال على أن التافه مما لا يقطع فيه اليد، ليس يدل على أن ما ليس بتافه تقطع فيه اليد كالغاصب والجاني، على أنها أرادت تافهاً في وجوب القطع، لا أنه تافه في الجنس والقدر.

وأما الجواب عن قوله: إنه أقل المقادير الشرعية، فهو أنه يسوغ الاستدلال بذلك فيما قد اتفق على أنه مقدر، فإذا حصل الخلاف في القدر كان الأولى رده إلى الأقل، ولا يسوغ أن يستدل به فيما اختلف فيه: هل هو مقدر أو غير مقدر؟

فأما الجواب عن استدلال الليث بقوله تعالى: ﴿لَقَدْ نَصَرَكُمُ اللَّهُ فِي مَوَاطِنَ كَثِيرَةٍ﴾[1] فقد اختلف الناس في عددها، على أنه عدد المواطن الكثيرة، لا المال الكثير.

فصل: فإذا ثبت أنه إقرار غير مقدر، فسواء قال: مال عظيم، أو له مال جزيل أو ثقيل أو مغن، أو جمع هذه الأوصاف كلها فقال: له عليَّ مال كثير عظيم جزيل ثقيل مغن، فكله سواء، ويرجع إليه في تفسيره. فما فسر من قليل وكثير قبل منه، ولو قيراطاً من فضة أو مد حنطة أو باقة من بقل، فإن صدقه المقر له وإلا فله إحلافه.

فصل: فلو قال: له عليَّ أكثر مما لزيد عليَّ، ثم بيَّن درهماً واحداً أو أقل، قبل منه لأن

---

(١) سورة التوبة، الآية: ٢٥.

له أن يقول: ليس لزيد عليَّ إلا هذا القدر. فلو شهد عليه شاهدان أن لزيد عليه ألف درهم، وكان قد بين إقراره بدرهم قبل منه.

قال الشافعي رضي الله عنه: لأنه قد يكذب الشهود. فلو قال: له عليَّ أكثر مما لزيد عليَّ، ثم بينه بدرهم. وأقر لزيد بألف درهم قبل منه، لأنه قد يريد بالأكثر في أنه حلال، وبالأقل في أنه حرام، لأن الحلال كثير والحرام قليل.

فلو قال: له عليَّ أكثر مما لزيد جنساً، ثم أقر لزيد بمئة دينار ذهباً، لم يقبل منه ما أقر به إلا من الدنانير والذهب قليلاً بين أو كثيراً، لاحتمال قوله أكثر في الحلال دون القدر، ولزم أن يكون من جنس مال زيد.

فلو قال: له عليَّ أكثر مما لزيد عدداً، ثم أقر لزيد بمئة دينار، لزمه أن يبين أكثر من مئة، وسواء بين من الدنانير أو من غيرها.

فلو قال: له عليَّ أكثر مما لزيد عدداً وجنساً، ثم أقر لزيد بمئة دينار، لم يقبل منه إلا بأكثر من مئة دينار ولو بأدنى زيادة، لأنه قد أزال الاحتمال بذكر الجنس والعدد.

فلو ابتدأ المدعي فقال: لي عليك مئة دينار، فقال: لك عليَّ أكثر منها، ثم بين درهماً قبل منه لما ذكرنا من الاحتمال. ولو قال: أكثر منها عدداً، لم يقبل إلا أكثر من مئة عدداً، وسواء بين الدنانير أو غيرها.

ولو قال: أكثر منها جنساً وعدداً، لم يقبل منه إلا أكثر من مئة دينار، ولو بأدنى زيادة والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَسِوَاءٌ قَالَ لَهُ عَلَيِّ دَرَاهِمَ كَثِيرَةٌ أَوْ عَظِيمَةٌ أَوْ لَمْ يُقَلِّهَا فَهِيَ ثَلَاثَةٌ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال: له عليَّ دراهم، فأقل ما يقبل منه ثلاثة دراهم، وهو أقل الجمع المطلق من الأعداد.

وقال بعض المتقدمين من فقهاء البصرة: أقل الجمع المطلق اثنان، فلا يلزمه إلا درهمان، واستدل على أن أقل الجمع اثنان، لما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**الاثْنَانِ فَمَا فَوْقَهُمَا جَمَاعَةٌ**»[2] وبقوله تعالى: ﴿**وَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ**﴾[3]. ثم كانت الأم

(١) مختصر المزني: ص ١١٢.
(٢) سبق تخريجه في الصلاة.
(٣) سورة النساء، الآية: ١١.

تحجب بالإثنين، وإن ذكروا بلفظ الجمع، ولأن الجمع مشتق من اجتماع الشيء مع الشيء، فاقتضى أن يكون اثنين.

والدلالة على خطأ هذه المقالة الشاذة: أن اللسان موضوع على التفرقة بين: الآحاد، والتثنية، والجمع. فالآحاد يتناول الواحد من الأعداد، والتثنية يتناول الإثنين، والجمع يتناول الثلاثة.

ودليل آخر وهو: أن لفظ الواحد يسلم في التثنية، ولا يسلم في الجمع، فلم يجز أن يتفق العدد فيهما مع اختلاف صيغة اللفظ الموضوع لهما.

فأما قوله ﷺ: «الاثْنَانِ فَمَا فَوْقَهُمَا جَمَاعَةٌ» فهو الدليل، لأن ذلك لو كان معروفاً في اللسان لاستغنى فيه عن البيان، لأنه ﷺ لا يعلِّم الأسماء وإنما بين الأحكام، فأخبر أن حكم الاثنين في الصلاة حكم الجماعة، بخلاف ما يقتضيه اللسان في اللغة.

فأما حجب الأم بالأخوين، فلأن الدلالة قامت فيه على صرف الحكم عما اقتضاه اللسان ألا ترى أن عبد الله بن عباس أنكر ذلك على عثمان رضي الله عنه لمخالفته مقتضى اللسان، وقال: تركت لسان قومك، فلم ينكر عثمان مخالفته لمقتضى اللسان، فأخبره أن الدليل صرفه.

وأما قولهم أن الجمع مشتق من جمع الشيء إلى الشيء، فيقال: هو مشتق من اجتماع الجماعة، كما أن التثنية مشتقة من اجتماع الاثنين.

فصل: فإذا ثبت أن أقل الجمع ثلاثة، فسواء قال: له عليّ دراهم، أو قال: له دراهم كثيرة أو عظيمة، فهي ثلاثة، إن بينها قبلت منه.

وقال أبو حنيفة: لا تقبل منه في إقراره بالدراهم الكثيرة أو العظيمة أقل من عشرة. ويوشك أن يبينه على مذهبه في أقل المهر. وهذا خطأ، لأننا دللنا على أن صفة الشيء بالكثرة والعظم لا يقتضي زيادة قدر محدود، لما وصفنا من الاحتمال والتجويز، وأن الإقرار موضوع على إلزام اليقين وإطراح الشك. وإذا كان كذلك، فسواء قال: له عليَّ دراهم كثيرة أو عظيمة، وهكذا لو قال: له عليَّ دريهمات، لم يقبل أقل من ثلاثة.

ولو قال: له عليَّ دراهم ودراهم، لزمه في الحكم ستة دراهم، فهذا حكم الإقرار إذا صرح بالعدد دون العدد. فأما إن صرح بالعدد دون المعدود، مثل أن يقول: له عليَّ ثلاثة فيرجع إلى بيانه فيها، فإن بينها من جنس أو أجناس قبلت.

وقال محمد بن الحسن: لا أقبلها مع إطلاق العدد إلا من جنس واحد، اعتباراً بالعرف والعادة. وهذا خطأ، لأن العرف في الإقرار يطرح، واليقين معتبر، على أنه لا عرف في الأعداد أن يتناول جنساً واحداً، لأنه قد يعبر بها عن الأجناس كما يعبر بها عن الجنس.

فلو قال: أردت بالثلاثة فلوساً، قبل منه سواء تعامل الناس بها أم لا. وهكذا لو قال: أردت بالثلاثة درهماً وديناراً وفلساً قبل منه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا قَالَ لَهُ: عَلَيَّ أَلْفٌ وَدِرْهَمٌ، وَلَمْ يُسَمِّ الأَلْفَ قِيلَ لَهُ: أَعْطِهِ أَيَّ أَلْفٍ شِئْتَ، فُلُوساً أَوْ غَيْرَهَا، وَاحْلِفْ أَنَّ الأَلْفَ الَّتِي أَقْرَرْتَ بِهَا هِيَ هَذِهِ. وَكَذَلِكَ لَوْ أَقَرَّ بِأَلْفٍ وَعَبْدٍ، أَوْ أَلْفٍ وَدَارٍ، لَمْ يَجْعَلِ الأَلْفَ الأَولَى عَبِيداً أَوْ دُوراً)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. ولهذه المسألة تفصيل وأحوال ثلاث، فمنها: حالتان متفق على حكمهما:

إحداهـا: أن يقول: له عليَّ ألف درهم ودرهم، فكل ذلك دراهم إجماعاً، ولا يسأل عن تفسير شيء منه، لأنه قد فسر الألف قبل الدرهم.

والثانية: أن يقول: له عليَّ ألف، وله عليَّ درهم، فيرجع إليه في تفسير الألف إجماعاً لإبهامها، ولا يكون الدرهم المعطوف عليها تفسيراً لها.

وأما الثالثة المختلف فيها: فهو أن يقول: له عليَّ ألف ودرهم. فمذهب الشافعي: أنه يرجع إليه في تفسير الألف لإبهامها، ولا يكون العطف بالدرهم تفسيراً لها.

وقال أبو حنيفة: يصير الألف بالدرهم المعطوف عليها دراهم كلها، ولا يرجع إليه في تفسيرها، استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أن حكم المعطوف عليه حكم العطف، ألا تراه لو قال: رأينا زيداً وعمراً، دل على رؤيته لعمرو لعطفه على زيد؟.

والثاني: أنه لما كان قوله: له عليَّ ألف ومئة درهم تفسيراً للألف بالمئة المعطوفة

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٢.

عليها، وجب أن يكون قوله ألفاً ودرهم تفسيراً للألف بالدرهم المعطوف عليها، لأن كل واحد منهما عدد مفسر معطوف على عدد مبهم.

ودليلنا هو: أن العطف إذا لم يكن وصفاً لم يكن بياناً، كقوله: ألف وعبد، لا يكون الألف كلها عبيداً. ولأن العطف لو كان بياناً لاستحال أن يعاد معه المعطوف عليه، ولما جاز أن يقول: مررت بألف رجل وصبي. كما لا يصح أن يقول: مررت بألف رجل وصبي، ولوجب إذا قال: له عليَّ ألف درهم ودينار، أن يلزمه ألف دينار ودينار. لأنه قد جاء بما يوجب نعت الألف بالدنانير. وفي القول بخلاف هذا دليل على فساد ما قالوه في العطف.

فأما قولهم: إن حكم المعطوف عليه حكم العطف استشهاداً بقولهم: رأيت زيداً وعمراً فخطأ. لأن حكم العطف مأخوذ من المعطوف عليه، لأن رؤية عمرو معلومة برؤية زيد، وهم جعلوا حكم الألف المعطوف عليها مأخوذاً من العطف بعدها، وهما ضدان.

وأما قوله: له عليَّ ألف ومئة درهم، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: أنه لا يكون تفسيراً للألف كالدرهم. فعلى هذا سقط الاستدلال.

والثاني: أن يكون تفسيراً. فعلى هذا، الفرق بينهما: أن الدرهم الزائد على الألف عدد زائد، فلم يكن فيه تفسير للعدد الأول. وهو إذا قال: ألف ومئة، فقد استكمل العدد، ثم وصف ذلك بالدرهم تفسير بالاتفاق، فلم يجز أن يرجع إلى بعض العدد دون بعض، وصار راجعاً إلى جميعه، فافترقا.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من أنه يرجع إليه في قوله ألف ودرهم إلى تفسير الألف المتقدمة على الدرهم، فإن فسرها بدراهم أو دنانير، أو فلوس، أو جوز، قبل منه. وكذا لو فسر الألف بأجناس كثيرة قبل أيضاً، وأحلف إن أكذبه المقر له. وهكذا لو قال: له عليَّ ألف ودرهمان، يرجع إليه في تفسير الألف.

فإن قال: له عليَّ ألف وثلاثة دراهم، أو ألف واحد عشر درهماً، فهل يصير ذلك تفسيراً للألف المبهمة أم لا؟ على ثلاثة أوجه:

أحدها: لا يكون تفسيراً، كما لو كان العدد الزائد درهماً وهذا قول أبي سعيد الأصطخري.

والوجه الثاني: يكون تفسيراً لما ذكرنا من الفرق بينهما، وهذا قول أبي علي الطبري.

والوجه الثالث: أنه إن كان ما بعد الألف عدداً بلفظ الجمع كقوله: له ثلاثة دراهم إلى عشرة دراهم لم يكن ذلك تفسيراً للألف. وإن كان عدداً منصوب التمييز كقوله: أحد عشر درهماً فما زاد كان تفسيراً للألف، لأن التمييز أخص بالصفات والنعوت، ويصير تقدير هذا الكلام: له عليَّ ألف واحد عشر من الدراهم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ إِلَّا دِرْهَماً، قِيلَ لَهُ: أَقِرَّ لَهُ بِأَيِّ أَلْفٍ شِئْتَ، إِذَا كَانَ الدِّرْهَمُ مُسْتَثْنَى مِنْهَا، وَيَبْقَى شَيْءٌ قَلَّ أَوْ كَثُرَ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. لا يختلف أصحابنا أن الاستثناء في الإقرار يصح من جنسه وغير جنسه، وإنما اختلفوا في غير الإقرار: هل يصح الاستثناء فيه من غير جنسه، أم لا؟ على وجهين:

وقال أبو حنيفة: لا يصح استثناء المكيل والموزون من غير جنسه، ويصح استثناء ما ليس بمكيل ولا موزون من غير جنسه.

وقال محمد بن الحسن وزفر بن الهذيل: لا يصح الاستثناء من غير جنسه بحال، لا في مكيل ولا موزون، ولا غيره؛ استدلالاً بأن في الاستثناء إسقاط بعض الجملة، وبعضها يستحيل أن يكون من غير جنسها.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿**فإنَّهم عَدُوٌّ لي إلا رب العالمين**﴾[٢] وقال تعالى: ﴿**فسجد الملائكة كلهم أجمعون إلا إبليس**﴾[٣] وقال الشاعر:

وبلـــدة ليـــس بهـــا أنيـــس　　إلا اليعـــافيـــرُ وإلا العيـــس

ولأن الاستثناء إذا رجع إلى جملة صار المراد بها ما بقي بعد المستثنى منها، فلم يقع الفرق بين أن يكون ما عدا المراد جنساً، أو غير جنس.

فإن قيل: فلم جاز، الاستثناء عندكم في الإقرار من غير جنس، ولم تجوزه في غير

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٢.

(٢) سورة الشعراء، الآية: ٧٧.

(٣) سورة الحجر، الآيتان: ٣٠ ـ ٣١.

الإقرار؟ على أحد الوجهين: قيل: لأنه قد يصح أنه يوجد في الحقوق المقر بها من غير الجنس بدلاً عنها، ويبعد وجود مثله في غير الإقرار.

فصل: فإذا تقرر جواز الاستثناء من جنس وغير جنس، فألفاظ الاستثناء: إلا، وغير، وعدا، وخلا، وما خلا، وحاشا، وجميعها في الحكم وصحة الاستثناء واحد.

فأما إذا قال: له عليَّ ألف استثني مئة، أو أحط مئة، أو أندر مئة، فقد اختلف أصحابنا: هل يكون ذلك استثناء صحيحاً أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يكون استثناءاً صحيحاً لأنه قد صرح بحكمه، فأغنى عن لفظه.

والوجه الثاني: لا يصح الاستثناء به لأنه موعد بالاستثناء. كما إذا قال: استثني أو أحط بغير استثناء، إذا قال أحط أو أندر.

ثم لا يصح الاستثناء إلا أن يكون متصلاً، فإن انفصل بطل لاستقرار الحكم الأول. ولا يخلو إذا اتصل من ثلاثة أحوال:

إما أن يرفع كل الجملة. أو يرفع أقلها. أو يرفع أكثرها.

فإن رفع كل الجملة كان باطلاً كقوله: عليَّ ألف إلا ألفاً، لأن هذا رجوع وليس باستثناء.

وإن رفع الأقل صحَّ، كقوله: ألف إلا مئة، أو إلا أربعمائة، فيصير الباقي من الألف بعد الاستثناء أربعمائة أكثر الألف، وستمائة، ويكون هذا المراد بالإقرار، ولا يكون ما خرج بالاستثناء مراداً باللفظ، وجرى مجرى قوله: له عليَّ ستمائة درهم. ألا ترى قوله تعالى: ﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاماً﴾[1].

وإن رفع الأكثر كقوله: ألف إلا تسعمائة، أو إلا ستمائة، فالذي عليه الفقهاء وأكثر أهل اللغة: أنه استثناء صحيح، حتى لو بقي من الألف بعد الاستثناء درهم، صحَّ.

قال ابن درستويه النحوي: لا يجوز الاستثناء إلا أن يبقى أكثر من نصف الجملة لأمرين:

أحدهما: أن الاستثناء لغة يوجد سماعاً، ولم يرد استثناء أكثر الجملة، كما لم يرد استثناء كل الجملة.

---

(١) سورة العنكبوت، الآية: ١٤.

والثاني: أن الاستثناء تبع لباقي الجملة، فلم يجز أن يكون أكثر منها، لأن الأكثر لا يكون تبعاً للأقل.

وهذا خطأ، قال الله تبارك وتعالى: ﴿قال ربِّ بما أغويتني لأزيننَّ لهم في الأرض ولأغوينَّهم أجمعينَ إلا عبادَك منهم المخلصين، قال هذا صِراطٌ عليَّ مستقيم، أنَّ عباديَ ليس لك عليهم سلطانٌ إلا مَنِ اتَّبعَك من الغَاوِين﴾[1].

فاستثنى الغاوين من المخلصين تارة، والمخلصين من الغاوين أخرى، وإحدى الطائفتين أكثر من الأخرى، فدل على جواز استثناء الأكثر؛ ولأن استثناء الأكثر موجود في كلامهم وظاهر في أشعارهم قال الشاعر:

رُدُّوا الَّتِي نَقَصَتْ تَسْعِينَ عَنْ مِئَةٍ ... ثُـمَّ ابْعَثُـوا حَكَمـاً بِـالْحَـقِّ قَـوَّالاً

ولأن الخارج بالاستثناء غير داخل في اللفظ ولا مراد به، فاستوى حكم قليله وكثيره. وإذا كان كذلك وقال: له عليّ ألف إلا تسعمائة صحّ، وكان المراد باللفظ مئة، وجرى مجرى قوله: له عليّ مئة.

فلو قال: له عليّ ألف وألف وألف إلا ألفاً، ففي صحة الاستثناء وجهان:

أحدهما: أنه باطل لأنه استثنى ألفاً من الألف، فبطل ولزمه ثلاثة آلاف.

والوجه الثاني: صحيح، لأن إقراره بثلاثة آلاف وإن كان بثلاثة ألفاظ، فصح أن يستثنى منها ألفاً ويبقى عليه ألفان. وهكذا يصح أن يستثنى ألفين، لأنه يعود إلى كل الجملة، ويبقى عليه ألف.

ومثله في الطلاق أن يقول لها: أنت طالق واحدة، وواحدة، وواحدة إلا واحدة، فيكون على هذين الوجهين.

ويجوز أن يتعقّب الاستثناء بعده استثناء ثان، ويتعقب الثاني ثالث، ويتعقب الثالث رابع، إلا أن كل استثناء يعود إلى ما يليه فيثبت ضد حكمه، لأن الاستثناء أن عاد إلى إثبات كان نفياً، وإن عاد إلى نفي كان إثباتاً. ألا تراه لو قال: رأيت أهل البصرة إلا بني تميم، كان ينفي رؤية بني تميم مثبتاً لرؤية أهل البصرة؟.

وقد جاء كتاب الله تعالى بذلك في قوله تعالى: ﴿قالوا إنَّا أُرسِلْنا إلى قومٍ مجرمينَ إلا

(١) سورة الحجر، الآيتان: ٣٩ ـ ٤٢.

آل لوط إنا لمنجُّوهم أجمعينَ إلا امرأته﴾[1] فاستثنى آل لوط من المجرمين، ثم استثني امرأته من آل لوط.

فإذا قال: له عليَّ ألف إلا خمسمائة إلا ثلاثمائة إلا مئتين إلا مئة، كان هذا إقراراً بسبعمائة. لأن قوله: على ألف، إثبات لها، ثم إلا خمسة نفي لها من الألف، فيبقى منها خمسمائة. ثم قوله: إلا ثلاثة، إثبات لها من الخمسمائة التي نفاها، فيضم إلى المثبت فتصير ثمانمئة. ثم قوله: إلا مئتين، نفي لها من الثلاثمئة التي أثبتها، فتخرج من المثبت فيبقى ستمائة. ثم قوله: إلا مئة، إثبات لها من المئتين التي نفاها، فتضم إلى الباقي من الإثبات وهو ستمائة درهم، فيصير الاقرار بسبعمائة، لأنه لا يجوز أن يجمع بين إثباتين ولا بين نفيين.

ولكن لو قال له: على ألف إلا مئتين وإلا مئة، كانا جميعاً نفياً من الألف، لأنه جمع بينهما بواو العطف، فلم يعد أحدهما إلى الآخر، وعاد جميعاً إلى الجملة.

فأما إذا قال: له عليَّ ألف إلا ألف إلا مئة، ففيه ثلاثة أوجه:

أحدها: يكون عليه ألف.

والثاني: يكون عليه تسعمائة.

والثالث: يكون عليه مئة.

فإذا قلنا: إن عليه ألفاً، فوجهه أن الاستثناء الأول رفع جميع الجملة فبطل، والاستثناء الثاني رجع إلى استثناء باطل فبطل، فلزمه الألف لبطلان الاستثناء منها.

فإذا قلنا: يلزمه تسعمائة، فوجهه: أن الاستثناء الأول بطل لرفعه الجملة فأقيم الثاني مقامه وهو مئة، فصار الباقي من الألف تسعمائة.

وإذا قلنا: يلزمه مئة، فوجهه: أن الاستثناء الأول إنما يرفع الجملة إذا لم يعقبه استثناء، فإذا تعقبه استثناء مئة، صار الباقي من الاستثناء الأول تسعمائة، فإذا رجعت إلى الألف كان الباقي منها مئة. ومثله في الطلاق أن يقول: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاث إلا واحدة، فيكون على الأوجه الثلاثة.

فلو قال: له عليَّ ألف درهم ومئة دينار إلا خمسين، فأراد بالخمسين المستثناة جنساً

---

(١) سورة الحجر، الآيتان: ٥٨ ـ ٦٠.

غير الدراهم والدنانير، قبل منه. وإن أراد أحد الجنسين من الدراهم أو الدنانير، أو درهماً، نيل منه. وإن فات بيانه، فعند أبي حنيفة: يعود إلى ما يليه. وعندنا: أنه يعود إلى المالين المذكورين من الدراهم والدنانير، ثم على وجهين:

أحدهما: يعود إلى كل واحد منهما جميع الاستثناء، فيستثنى من الألف درهم خمسون، ومن المئة دينار خمسون.

والوجه الثاني: أنه يعود إليهما نصفين، فيستثنى من الدراهم خمسة وعشرون، ومن الدنانير خمسة وعشرون.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فصورة مسألة الكتاب في رجل قال: لفلان عليَّ ألف إلا درهماً، فعندنا: أنه يرجع إلى بيانه في الألف، ولا يصير باستثناء الدراهم منها دراهم كلها.

وعند أبي حنيفة ومحمد: يصير الألف كلها دراهم لاستثناء الدراهم منها، لمنعهم أن يصح الاستثناء من غير جنسه.

ولو قال: ألف إلا عبداً لم تصر الألف عبيداً عند الشافعي وأبي حنيفة، وصارت عند محمد بن الحسن عبيداً على ما قدمناه من الخلاف بينهم في الاستثناء من غير الجنس.

وإذا كان الأمر على ما ذكرنا من الرجوع إلى بيانه في الألف، فأي شيء بينه قبلنا بيانه فيه. فإن بين الألف دراهم أسقطنا منها درهماً لاستثنائه إياه، وأوجبنا عليه ما سواه. وإن بيَّنها فلوساً أو نحاساً أو خرزاً أو جوزاً قبلناه. فإن كان مما يكون معلوماً قومناه وأسقطنا من قيمته الدرهم الذي استثناه، وإن كان مما لا يكون معلوماً سألناه عن قيمته، وأسقطنا منه الدرهم المستثنى. فإن بقي بعد إسقاط الدرهم بقية، فهو القدر الذي أقرَّ به. وإن لم يبق بعد إسقاط الدرهم بقية، مثل أن يقر بألف جوزة قيمتها درهم، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو الظاهر من قول أبي إسحاق المروزي: أنه يرد عليه بيانه، ويؤخذ عليه ببيان ما يزيد قيمته على ألف درهم المستثنى، حتى يبقى بعد الاستثناء بقية. وإن قبلت، فيكون هو القدر المقر به؛ فإن امتنع من بيانه على هذا الوجه صار كمن أقر بمجمل ثم امتنع من بيانه، فيكون على وجهين:

أحدهما: يحبس حتى يبيِّن.

والثاني: يجعل كالناكل، ويحلف المدعي على ما ادعى، ويحكم له به.

والوجه الثاني: في الأصل وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: أنه يلزمه منه ما أقر به من قيمة الألف الجوزة التي بينها، ويبطل الاستثناء منها، لأنه إذا بين ألف جوزة قومها درهماً واستثنى منها درهماً، كان كمن قال له درهم إلا درهماً، فيبطل الاستثناء ويلزمه الدرهم؛ لأن الاستثناء الرافع للجملة باطل، كذلك هذا. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفٌ إلاَّ كَرّ حِنْطَةٍ، أَوْ إلاَّ عَبْداً أَجْبَرْتَهُ عَلَى أَنْ يَبْقَى بَعْدَ الاسْتِثْنَاءِ شَيْئاً قَلَّ أَوْ كَثُرَ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وجملته: أن كل استثناء عاد إلى جملة لم يخلو حاله من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون الاستثناء مفسراً من جملة مفسرة، كقوله: له عليَّ ألف درهم إلا ديناراً، فيصح ذلك ويكون المراد بالجملة ما يبقى بعد الاستثناء. وهكذا لو قال: له عليَّ ألف درهم إلا دينار، كان استثناء مفسراً صحيحاً كجواز الاستثناء من غير الجنس ومن الجنس، ويسقط من الألف درهم بقية الدينار المستثنى، ويكون الباقي هو المقر به.

والقسم الثاني: أن يكون الاستثناء مجملاً من مجمل، كقوله: عليَّ ألف إلا شيء، فيبدأ بسؤاله عن الألف، فإذا فسرها بمعلوم سئل عن الشيء، فإذا فسره بمعلوم أسقط بالاستثناء وكان الباقي هو المقر به. وهكذا لو قال له: عليَّ شيء إلا ألف، سئل عن الشيء المقر به، ثم عن الألف المستثناة منها، فإذا فسرهما بمعلوم لزم الباقي. وهكذا لو قال له: عليَّ ألف ثوب إلا عبداً، لأن كل واحد منهما وإن كان معلوم الجنس، فهو مجهول الصفة.

والقسم الثالث: أن يكون الاستثناء مفسراً من مجمل كقوله له: عليَّ ألف إلا درهماً، ويسئل عن الألف المجملة دون الاستثناء المفسر. وهكذا لو قال: ألف ثوب إلا ديناراً، لأن الألف الثوب وإن كانت مفسرة الجنس فهي مجملة الصفة فاحتيج إلى السؤال عنها، وإن كانت سلماً كان السؤال عن الصفة دون القيمة.

وإن كانت غصباً مستهلكاً، كان السؤال عن القيمة دون الصفة، إلا أن يختلفا فيكون في الصفة دليل فيسئل عنها.

والقسم الرابع: أن يكون الاستثناء مجملاً من مفسر، كقوله: له عليَّ ألف درهم إلا

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٢.

شيئاً. فيسئل عن الاستثناء المجمل دون الألف المفسرة. وهكذا لو قال: له عليَّ ألف درهم إلا عبداً، سئل عن العبد وقيمته، لأنه وإن كان معلوم الجنس فهو مجهول الصفة.

فصل: فإذا قال: له عليَّ ألف إلا ثلاثة دراهم، لم يكن ذلك تفسيراً للألف بالدراهم باتفاق أصحابنا، فهو بخلاف قوله: ألف وثلاثة دراهم لأن قوله: إلا ثلاثة دراهم، تفسير للاستثناء، وتفسير الاستثناء لا يكون تفسيراً للمستثنى منه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ أَقَرَّ بِثَوْبٍ فِي مِنْدِيلٍ أَوْ تَمْرٍ فِي جِرَابٍ، فَالوِعَاءُ لِلْمُقِرِّ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا أقر بشيء في ظرف كقوله: له عندي ثوب في منديل، أو حلي في حق، أو جوهرة في درج، أو سمن في عكة، أو زيت في دبة فالإقرار يتناول الشيء دون ظرفه، ويكون الظرف خارجاً من إقراره.

وقال أبو حنيفة: يكون الظرف داخلاً في إقراره، وأصحابه يحكون ذلك عن محمد.

وقال بعض فقهاء المدينة: إن كان المقر به ذائباً لا يستغنى عن ظرف، دخل الظرف في الإقرار، وإن كان جامداً لم يدخل. واستدلوا بأن لفظ الإقرار بقوله: عندي، يقتضي تناول ما يعقبه وجاء بعده. فإذا قال: ثوب في منديل، صارا داخلين في إقراره ولم يكن أحدهما بأن يكون مقصوداً بالإقرار بأولى من الآخر.

ودليلنا: هوأن الظرف شيئان: مكان، ووعاء. فلما كان ظرف المكان لا يدخل في الإقرار كقوله: له عندي بغل في اصطبل، أو عبد في دار، وجب أن يكون ظرف الوعاء لا يدخل في الإقرار، كقوله: له عندي ثوب في منديل.

وتحريره قياساً: أنه مجمل للمقر به، فلم يدخل في إقراره كالمكان. ولأن الإقرار لا يلزم بالاحتمال، وقد يحتمل أن يريد ثوباً في منديل لي، وزيتاً في دبة لي. ولأن الإقرار بالظرف لا يقتضي دخول ما فيه، كذلك الإقرار بما في الظرف لا يقتضي دخوله فيه، لانفصال أحدهما عن الآخر.

فأما الجواب عن استدلالهم بعد فساده لخروج المكان من إقراره وإن كان متصلاً بلفظه: أن الاحتمال ينتفي عن الشيء الذي أقر به فلزم، ولا ينتفي عن الظرف فلم يلزم.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٢.

فصل: فعلى هذا، لو قال: له عندي فرس مسرج، أو بغل ملجم، فهو إقرار بالفرس والبغل دون السرج واللجام. وهكذا لو قال: غصبت داراً مفروشة قماشاً، كان إقراراً بغصب الدار دون القماش. ولكن لو قال: له عندي دابة مع سرجها، أو غصبته داراً بقماشها، كان إقراراً بالجميع.

ولو قال: له عندي ثوب مطرز، فإن كان الطراز منسوجاً معه دخل بالإقرار، لأنه بعض الثوب. وإن كان مركباً عليه، ففي دخوله في الإقرار وجهان:

أحدهما: يدخل لاتصاله.

والثاني: لا يدخل لتمييزه واحتماله.

ولو قال: له عندي دبة فيها زيت، أو غرارة فيها حنطة، كان إقراره بالدبة والغرارة دون الزيت والحنطة، لتمييزه واحتماله، وهو مما وافق عليه أبو حنيفة فصار حجة عليه.

فصل: فلو قال: له عندي رأس عبد، كان إقراراً بجميع العبد، لأن رأس العبد لا ينفصل عنه. ولو قال: له عندي فص خاتم، كان إقراراً بالفص دون الخاتم لتمييزه عنه، ولو قال: له عندي خاتم، كان إقراره به وبفصه، لأن اسم الخاتم بجمعهما. ولو قال: غصبته عبداً إلا رأسه، أو إلا يده، ففيه وجهان:

أصحهما: يكون غاصباً لجميعه لإحالة ما استثناه.

والوجه الثاني: أنه يكون مقراً بجزء منه يرجع في بيانه إليه. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَالَ لَهُ قِبَلِي كَذَا، أَقَرَّ بِمَا شَاءَ وَاحِداً. وَلَوْ قَالَ: كَذَا وَكَذَا، أَقَرَّ بِمَا شَاءَ اثْنَيْنِ وَإِنْ قَالَ كَذَا وَكَذَا دِرْهَماً قِيلَ لَهُ: أَعْطِهِ دِرْهَمَيْنِ، لأَنَّ كَذَا يَقَعُ عَلَى دِرْهَم. ثُمَّ قَالَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ: إِنْ قَالَ كَذَا وَكَذَا دِرْهَماً قِيلَ لَهُ: أَعْطِهِ دِرْهَماً أَوْ أَكْثَرَ، مِنْ قَبل أَنَّ كَذَا يَقَعُ عَلَى أَقَلَّ مِنْ دِرْهِم (قَالَ المُزَنِيُّ): وَهَذَا خِلاَفُ الأَوَّلِ، هُوَ أَشْبَهُ بِقَوْلِهِ، لأَنَّ كَذَا يَقَعُ عَلَى أَقَلَّ مِنْ دِرْهِمٍ، وَلاَ يُعْطَى إِلاَّ اليَقِينُ)**[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وهي ثلاث مسائل، تشمل كل مسألة منها على فصلين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٢.

أحدها: أن يقول: له عليَّ كذا.

والثانية: أن يقول: له عليَّ كذا كذا.

والثالثة: أن يقول: له عليَّ كذا وكذا.

فأما إذا قال: له عليَّ كذا، فهو إقرار بشيء واحد، لكنه مجمل يرجع إليه في تفسيره، فبأي شيء فسره من درهم أو فلس أو قيراط قبل منه. كما يقبل في تفسير إقراره بشيء.

فإن ضم ذكر الدرهم إلى قوله كذا، فقال له: عليَّ كذا درهم بالرفع، أو كذا درهم بالخفض، أو كذا درهماً بالنصب، فعليه في الأحوال كلها وعلى تصانيف الإعراب فيها درهم واحد، لا يختلف الفقهاء فيه.

وإن كان مقتضى الإعراب في كذا درهم بالخفض، أن يتناول مائة درهم، لأنه أول عدد يكون تمييزه مخفوضاً بالإضافة؛ غير أن الفقهاء جميعاً لم يعتبروه في هذا الموضع وأوجبوا فيه درهماً واحداً، لأن قوله: كذا، يتناول من الأعداد واحداً، وقوله: درهماً أو درهمين يكون تفسيراً لجنسه.

فصل: وأما المسألة الثانية: وهي أن يقول: له عليَّ كذا كذا، فهو إقرار بشيء واحد وإن تكرر، لأن حذف واو العطف يجعل التكرار تأكيداً كقوله له: عليَّ شيء شيء، أو له عليَّ درهم درهم، فلا يكون إلا شيئاً واحداً أو درهماً واحداً.

وإذا كان بما وصفنا إقراراً بشيء واحد، رجع في تفسيره إليه. فإن ضمه إلى ذكر الدراهم نظر: فإن قال: كذا كذا درهم بالرفع، وكذا كذا درهم بالخفض، فليس عليه إلا درهم واحد لا يختلف الفقهاء فيه.

وإن قال: كذا وكذا درهماً بالنصب، فمذهب الشافعي: عليه درهم واحد، سواء كان نحوياً يعرب كلامه أم لا. وقال محمد بن الحسن: عليه أحد عشر درهماً سواء كان نحوياً أم لا.

وقال أبو إسحاق المروزي: إن كان من العامة الذين لا يعربون في الكلام فعليه درهم واحد كما قال الشافعي، وإن كان نحوياً فعليه أحد عشر درهماً كما قال محمد بن الحسن، استدلالاً بأنه أول الأعداد المركبة التي يكون تمييزها منصوباً، فألزم مقتضى لفظه.

وهذا خطأ في الحكم، والدلالة على فساده من وجهين:

أحدهما: أن ذكر العدد إذا تعقبه تفسير الجنس لم يوجب زيادة في العدد المذكور، اعتباراً بسائر الأعداد.

والثاني: أنه لم يعتبر بمقتضى اللسان في قوله كذا درهم بالخفض في إيجاب مئة درهم عليه، اعتباراً بما ذكرنا من أن تفسير الجنس لا يقتضي زيادة العدد، كذلك في النصب. وفيما ذكرنا من هذين دليل وانفصال.

فصل: وأما المسألة الثالثة: فهو أن يقول: له علي كذا وكذا، فهذا إقرار بشيئين لدخول واو العطف بينهما. وهكذا لو قال: له عليَّ كذا ثم كذا، كان إقراره بشيئين.

ولو قال: له عليَّ كذا، بل كذا، ففيه وجهان:

أحدهما: يكون إقراراً بشيء واحد، ويكون الثاني إثباتاً للأول.

والوجه الثاني: أنه يكون إقراراً بشيئين، لأنه لا يسوغ في اللسان أن يقول رأيت زيداً بل زيداً، يعني الأول، وإنما يصح إذا عنى غيره.

فإن ضمه إلى ذكر الدراهم فقال: له عليَّ كذا وكذا درهماً بالنصب، أو درهم بالخفض، قال الشافعي: ههنا يلزمه درهمان، وحكى المزني عنه أنه قال في موضع آخر: أنه يلزمه درهم واحد. واختلف أصحابنا في ذلك لاختلاف جوابه على أربع طرق:

أحدها: وهي طريقة المزني، أن المسألة على قولين:

أحدهما: يلزمه درهماً. لأن كذا وكذا شيئان، فأوجب تفسيرهما بالدرهم أن يكونا درهمين.

والقول الثاني: وهو اختيار المزني: يلزمه درهم واحد، لأن كذا يقع على أقل من درهم، فيصير الشيئان درهماً.

والطريقة الثانية: وهي طريقة أبي إسحاق المروزي: أن اختلاف نصه في الموضعين لاختلاف إعراب الكلامين. فقوله: ههنا عليه درهمان، إذا قاله منصوباً. وقوله في الموضع الآخر عليه درهم واحد: إذا قاله مرفوعاً.

والطريقة الثالثة: وهي طريقة أبي علي بن أبي هريرة: أن اختلاف نصه لاختلاف لفظه، فقوله: ههنا عليه درهمان، إذا ذكر بينهما الواو فقال: له عليَّ كذا وكذا درهماً، وقوله في الموضع الآخر: عليه درهم واحد إذا لم يذكر بينهما الواو فقال: له عليَّ كذا

وكذا، أو شكَّ الحاكم هل ذكر الواو في إقراره أم لا؟ لأن الإقرار لا يلزمه فيه إلا التفسير، قال: وقد صرح الشافعي بهذا في الأم.

والطريقة الرابعة: وهي طريقة بعض المتقدمين: أن اختلاف نصه لاختلاف إرادته، فقوله: «ههنا» يلزمه درهمان إذا أرادهما أو أطلق. وقوله في الموضع الآخر: «يلزمه درهم واحد» إذا أراد درهماً واحداً ولم يطلق. فهذا ما ذكره الشافعي، وما اختلف أصحابنا في مراده به.

فأما محمد بن الحسن فيقول: يلزمه أحد وعشرون درهماً، لأنه أول عدد مركب دخلته الواو. وكان تفسيره منصوباً، وهكذا يقول أبو إسحاق المروزي فيمن كان نحوياً، وفيما ذكرنا عليهما مقنع. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَالإِقْرَارُ فِي الصِّحَّةِ وَالمَرَضِ سَوَاءٌ يَتَحَاصُّونَ مَعاً)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا أقر لرجل بدين في صحته، وأقر لآخر بدين في مرضه، فكلا الحقين لازم. فإن اتسع ماله لقضائهما، قضيا معاً. وإن ضاق ماله عنهما، كان فيه سواء، وتساوى غريم المريض وغريم الصحة فيقتسمان المال بالحصص.

وقال أبو حنيفة: يقدم غريم الصحة على غريم المرض، فإن لم يفضل عنه شيء تفرد بأخذ المال كله، وإن فضلت عنه فضلة أخذها غريم المريض بعد استيفاء غريم الصحة جميع دينه. استدلالاً بأن التصرف في حالة الصحة أوكد وأقوى من التصرف في حال المرض، لنفوذ عطاياه في الصحة وردها في المرض؛ فاقتضى أن يكون الإقرار في حال الصحة مقدماً على الإقرار في حال المرض. ولأن ديون الغرماء تصير بالمرض متعلقة بعين المال لمنعه من هبته، فصار إقراره في مرضه بعد تعلق ديون غرماء الصحة به، فلم يجز أن يساويهم فيه، ولأن المرض قد أوقع عليه في التصرف حجراً، والإقرار قبل الحجر مقدماً على الإقرار بعده.

ودليلنا هو: أن كل إقرار نفذ في جميع المال، كان لزومه في المرض والصحة سواء. أصله: إذا أقر بثمن سلعة في يده، أو بمهر لزوجته. ولأنه قول يلزم به الخروج من الحق،

(١) مختصر المزني: ص ١١٢.

فوجب أن يستوي في الصحة والمرض كالشهادة، ولأن كل حق يستوي حكمه في الصحة والمرض إذا ثبت بالبينة، وجب أن يستوي حكمه في الصحة والمرض إذا ثبت بالإقرار، قياساً على الإقرار بالنسب. ولأن كل حال يستوي فيهما ثبوت النسب بالبينة والإقرار، وجب أن يستوي فيها ثبوت الدين بالبينة والإقرار، كالصحة. ولأن المرض لا يحدث حجراً في الإقرار، بدلالة نفوذه فيما زاد على الثلث، فوجب أن يستوي فيه حال الصحة والمرض.

فأما الجواب عن استدلالهم بقوة تصرفه في الصحة على تصرفه في المرض، فمن وجهين:

أحدهما: فساده، لما ثبت بالبينة حيث استوى فيه حال الصحة والمرض.

والثاني: أنه مسلم في العطايا التي للورثة الاعتراض عليها فيما دون الإقرار الذي لا اعتراض للورثة فيه.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن الديون بالمرض تصير متعلقة بعين المال، فهو أنه غير مسلم، لأن تلف المال لا يبطل ديونه، وثبوت غير ديونهم بالبينة لا يمنع من مشاركتهم، وإنما تصير ديونهم بالموت متعلقة بعين المال دون المرض.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن المرض قد أوقع عليه حجراً، فهو: أن حجر المرض واقع عليه في غير الإقرار، والحجر فيما سوى المرض واقع في الإقرار.

فصل: إذا ضاق مال المريض عن قضاء ديونه، فقدَّم بعض غرمائه بدينه فقضاه، لم يشركه الباقون فيه. وقال أبو حنيفة: لباقي الغرماء مشاركته فيه بالحصص لأنها عطية في المرض، فصار الحجر واقعاً عليه فيها.

وهذا غير صحيح، لأن ما لزم قضاؤه استوى فيه حال الصحة والمرض، قياساً عليه إذا قضى ثمن سلعة في يده. ولأن من صح منه الأداء مع وجود الوفاء، صح منه الأداء مع العجز كالصحيح طرداً، والصغير عكساً والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ لِوَارِثٍ فَلَمْ يَمُتْ حَتَّى حَدَثَ لَهُ وَارِثٌ يَحْجُبُهُ، فَالإِقْرَارُ لَازِمٌ. وَإِنْ لَمْ يَحْدُثْ وَارِثٌ، فَمَنْ أَجَازَ الإِقْرَارَ لِوَارِثٍ أَجَازَهُ وَمَنْ أَبَاهُ رَدَّهُ. وَلَوْ أَقَرَّ لِغَيْرِ وَارِثٍ فَصَارَ وَارِثاً بَطُلَ إِقْرَارُهُ)[1].

(١) مختصر المزني: ص ١١٢.

قال الماوردي: وهذا صحيح. إما إقراره للوارث في الصحة، فلازم كالأجنبي. وأما إقراره للوارث في المرض المخوف، فإن صح من مرضه لزمه إقراره. وإن مات منه، فقد ذكر الشافعي لزوم إقراره، وفرع عليه وذكر بطلان إقراره، فاختلف أصحابنا، فكان أبو إسحاق المروزي في غير الشرح يخرجه على قولين:

أحدهما: لازم.

والثاني: باطل.

وكان غيره من أصحابنا، وهو اختيار ابن أبي هريرة: يجعل إقراره للوارث لازماً قولاً واحداً، ويجعل ما قاله من بطلان إقراره حكاية عن مذهب غيره.

وقال أبو حنيفة، ومالك، وابن أبي ليلى: إقراره للوارث باطل، استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه في إقراره للوارث متهوم في الميل إليه، كالتهمة بدعواه لنفسه بالميل إليها، فوجب أن لا يقبل إقراره، كما لا يقبل ادعاؤه.

والثاني: أن حجر المرض يختص بمنع الوارث مما لا يمنع منه الأجنبي، لأن عطيته للأجنبي جائزة إذا احتملها الثلث، وعطيته للوارث باطلة، وإن احتملها الثلث فوجب أن يمنع من الإقرار للوارث، وإن لم يمنع من إقراره للأجنبي.

ودليلنا هو: أن كل من صح إقراره لغير الوارث، صح إقراره للوارث، كالصحيح طرداً والسفيه عكساً. ولأن كل من صح إقراره في الصحة، صح إقراره في المرض، كالمقر لغير الوارث. ولأن كل من صح إقراره بالوارث صح إقراره للوارث، كالمقر بمهر الزوجية. ولأن إقرار المريض بوارث أعم من إقراره للوارث، لأن إقراره بالوارث يتضمن نسباً وولاية ومالاً، فكان إقراره بمال للوارث أحق بالجواز من إقراره بوارث.

وأما الجواب عن قولهم أنه متهوم في إقراره، فهو: أنه لو لزم لهذا المعنى فساد إقراره كالدعوى، استوى ما أقر به في الصحة والمرض في الابطال، كما استوى حال ادعائه لنفسه في الصحة والمرض في الرد، على أن المريض أبعد عن التهمة من الصحيح، لأنها حال يجتنب الإنسان فيها المعاصي ويخلص الطاعة، ولذلك قال أبو بكر رضي الله عنه في عهدة إلى عمر: «وهذا ما عهد به أبو بكر خليفة رسول الله ﷺ عند آخر عهده بالدنيا وأول عهده بالآخرة في الحال التي يؤمن فيها الكافر ويتقي فيها الفاجر».

وأما الجواب عن قولهم إن حجر المريض يختص بالوارث دون غيره، فهو: أنه لما

اختص ببطلان الإقرار لاختصاصه ببطلان العطية، لاقتضى أن يبطل إقراره للأجنبي فيما جاوز الثلث، كما بطلت عطيته فيما جاوز الثلث. وفي الفرق بين إقراره للأجنبي وعطيته فيما زاد على الثلث، دليل على الفرق بينهما في حق الوارث.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فقد اختلفوا: هل يراعى كون المقر له وارثاً عند الإقرار، أو عند الوفاة؟ فقال ابن أبي ليلى: يراعى في الإقرار للوارث أن يكون وارثاً عند الإقرار، لاقتران التهمة بالإقرار لا بما يحدث عند الوفاة.

وقال الشافعي وأبو حنيفة ومالك: يراعى في الإقرار للوارث أن يكون وارثاً عند الوفاة، لا عند الإقرار. لأن من لا يستحق الميراث يخرج من أن يكون وارثاً، ولأن أفعال المريض معتبرة بحال الوفاة في تقدير ثلثه ونفوذ عطيته، فكذلك في إقراره.

فعلى هذا، لو كان وارثه أخاً فأقر له بمال ولم يمت حتى حدث له ابن حجب الأخ، فهذا إقرار لغير الوارث، فيصح قولاً واحداً لكونه غير وارث عند الوفاة. وعند ابن أبي ليلى: يكون إقراراً لوارث اعتباراً بحال الإقرار، فيكون باطلاً.

ولو أقر لأخيه وله ابن، ثم لم يمت المقر حتى مات الإبن، فصار الأخ وارثاً، فعلى مذهب الشافعي: يكون إقراراً لوارث، فيكون على ما ذكرنا من اختلاف المذهب في القولين. وعند ابن أبي ليلى: يكون إقراراً لغير وارث، فيصحّ.

فصل: فلو ملك أخاه ثم أقر في مرضه أنه قد كان أعتقه في صحته وهو أقرب عصبته، نفذ عتقه، وفي ميراثه قولان:

أحدهما: لا يرث إذا قيل: إن الإقرار للوارث مردود، لأن توريثه يوجب رد الإقرار له، ورد الإقرار يبطل الحرية ويسقط الإرث، فأثبت الحرية بثبوت الإقرار وسقط الإرث.

والقول الثاني: أنه يرث إذا قيل: إن الإقرار للوارث مقبول، فيكون العتق نافذاً بإقراره، والإرث ثابتاً بنسبه، ولا يرتفع أحدهما بصاحبه والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّ ابْنَ هَذِهِ الأَمَةِ وَلَدُهُ مِنْهَا وَلاَ مَالَ لَهُ غَيْرُهَا، ثُمَّ مَاتَ، فَهُوَ ابْنُهُ وَهُمَ أحرار بِمَوْتِهِ، لاَ يَبْطُلُ ذَلِكَ بِحَقِّ الغُرَمَاءِ الَّذِي قَدْ يَكُونُ مُؤَجَّلاً، وَيَجُوزُ إِبْطَالُهُ بَعْدَ ثُبُوتِهِ، وَلاَ يَجُوزُ إِبْطَالُ حُرِّيَّةٍ بَعْدَ ثُبُوتِهَا)[1]

(١) مختصر المزني: ص ١١٢.

قال الماوردي: وصورتها في رجل يملك أمة ذات ولد، فقال في مرضه: هذا ابن هذه الأمة ولدي منها، وعليه ديون تحيط بقيمتها، فقد صار الولد لاحقاً به إن لم تكن الأمة فراشاً لغيره؛ وهو حر لأنه لا يثبت لأحد رق على ولده. ثم لا يخلو حاله في الأم من أربعة أقسام:

أحدها: أن يقول في إقراره ببنوته: إني استولدتها في ملكي.

والثاني: أن يقول: استولدتها في عقد نكاح.

والثالث: أن يقول: استولدتها في ملكي بـوطء شبهة.

والرابع: أن يطلق.

فإن قال: استولدتها في ملكي، صارت أم ولد له بإقراره، تعتق عليه بموته، والولد خلق حراً لم يجر عليه رق. وسواء خرجا من الثلث أم لا، صدق الغرماء أم كذبوا، وإنما كان كذلك، فإن كان له قول يقع به العتق في المرض لأمرين:

أحدهما: أن الإقرار بالعتق في المرض أوكد من إيقاع العتق في المرض، لأنه لو أقر في مرضه بعتق عبد في صحته، نفذ إقراره ونجز عتقه. ولو ابتدأ عتقه في هذه الحال والديون محيطة بقيمته، بطل عتقه. ولو ثبت أنه استولدها في مرضه، كان ولده حراً، وصارت له أم ولد، فلأن تصير كذلك بإقراره عن فعل الصحة أولى.

والثاني: وهو تعليل الشافعي: أنه لما تعارض فيها حكمان:

أحدهما: موجب لعتقها وهو الإقرار.

والثاني: موجب لرقها وهو الديون، وجب إثبات أوكدهما، والعتق أوكد من ديون الغرماء، لأنه لا يجوز إبطال عتق بعد ثبوته، ويجوز إسقاط الديون بالإبراء منها بعد ثبوتها، فلهذين صارا بموته حرين.

فإن قيل: فلم قال الشافعي: وهما حران بموته والولد حر قبل موته، لأنه خلق حراً لم يجر رق؟.

قيل: معناه أن الحرية اجتمعت فيهما بموته، وقيل الموت ما اجتمعت فيهما، وإنما كانت في أحدهما.

فصل: وإن قال: استولدتها في عقد نكاح، فالولد قد عتق عليه وصار حراً بالملك، بعد أن خلق مملوكاً. لأن ولد الأمة من عقد نكاح مملوك، وله الولاء على ولده لأنه عتق على ملكه بعد ثبوت رقه. وفي القسم الأول لا يكون له على ولده ولاء، لأنه خلق حراً لم يجر عليه رق. فأما الأم فلا تصير له في هذا القسم أم ولد لأنها لم تعلق بحر، وإنما علقت بمملوك؛ وحرية أم الولد إنما تثبت بحرية ولدها، وتكون على الرق بعد موته، وتباع في ديون غرمائه.

فصل: وإن قال: استولدتها بوطء شبهة ثم ملكها، فالولد خلق حراً لأنه من شبهة ملك، ولا ولاء عليه للأب، لأنه لم يجر عليه رق. وهل تصير الأمة أم ولد أم لا؟ على قولين:

أحدهما: وهو رواية الربيع: أنها لا تصير أم ولد، لعدم ملكه عند استيلاده.

والثاني: وهو رواية حرملة: أنها تصير أم ولد لعلوقها منه بحرّ، لأن الشافعي في القديم يعتبر في كونها أم ولد أن تعلق منه بحرّ، وفي الجديد يعتبر أن تعلق منه بحر في ملكه.

فصل: وإن أطلق إقراره ولم يضف استيلادها إلى ملك ولا غيره، فالولد على الحرية، ثم ينظر في الأمة: فإن لم تدع إصابتها في الملك، فهي على الرق. وإن ادعت إصابتها في الملك، فإن صدقها الورثة صارت أم ولد تعتق بالموت ولا اعتبار بإكذاب الغرماء، لأن الورثة يقومون مقام مورثهم في الإقرار؛ وإقرار الموروث مقبول مع تكذيب الغرماء، فكذلك إقرار الورثة.

وإن أكذبها الورثة وادعوا استيلادها في غير ملك، ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول الورثة مع أيمانهم على نفي العلم دون البت، استصحاباً لرقها الثابت، ثم تباع بعد أيمانهم مرقوقة.

والوجه الثاني: أن القول قول الأمة مع يمينها على البت اعتباراً بالظاهر من حال الملك، وعدم النكاح من قبل، ثم تصير أم ولد تعتق بالموت والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا أَقَرَّ الرَّجُلُ لِحَمْلٍ بِدَيْنٍ، كَانَ الإِقْرَارُ بَاطِلاً حَتَّى يَقُولَ: كَانَ لأَبِي هَذَا الحَمْلُ أَوْ لِجَدِّهِ عَلَى مَالٍ وَهُوَ وَارِثُهُ، فَيَكُونُ إِقْرَاراً لَهُ (قَالَ المُزَنيُّ): هَذَا عِنْدِي خِلاَفُ قَوْلِهِ فِي كِتَابِ الوَكَالَةِ فِي الرَّجُلِ يُقِرُّ أَنَّ فُلاَناً وَكِيلٌ لِفُلاَنٍ

فِي قَبْضِ مَا عَلَيْهِ، إِنَّهُ لَا يَقْضِيَ عَلَيْهِ بِدَفْعِهِ إليه لأَنَّهُ مُقِرٌّ بِالتَّوْكِيلِ فِي مَالٍ لَا يَمْلِكُهُ، وَيَقُولُ: إِنْ شِئْتَ فَادْفَعْ أَوْ دَعْ، وَكَذَلِكَ هَذَا إِذَا أَقَرَّ بِمَالٍ لِرَجُلٍ وَأَقَرَّ عَلَيْهِ أَنَّهُ مَاتَ وَوَرَثَهُ غَيْرَهُ وَهَذَا عِنْدِي بِالحَقِّ أَوْلَى وَهَذَا وَذَاكَ عِنْدِي سَوَاءٌ. الفصل)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل أقر لحمل امرأة بمال، فلا يخلو حال إقراره من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يعزيه إلى جهة ممكنة.

والثاني: أن يعزيه إلى جهة مستحيلة.

والثالث: أن يرسله مطلقاً.

فإن عزاه إلى جهة كقوله: له عليّ إرث من أبيه، أو وصية عن موص، صح الإقرار ولزم. وإن أرسله وأطلقه، ففي صحته قولان:

أحدهما: قال الشافعي في كتاب الإقرار والمواهب من كتاب الأم، ونقله المزني ههنا: إن الإقرار باطل، وهو قول أبي يوسف، لأن إثبات الحقوق يجري بين الأحياء الموجدين غالباً، وذلك منتفٍ عن الحمل، فبطل بغالب هذه الحال أن يصح له إقرار.

والقول الثاني: نص عليه الشافعي في كتاب الاقرار بالحكم الظاهر، وهذا كتاب لم ينقل المزني منه شيئاً: أن إقراره صحيح. وهذا أصح القولين، وهو قول محمد بن الحسن، لأن الإقرار إذا أمكن حمله على الصحة لزم ولم يبطل لاحتمال فساده وجه، كما يصح الإقرار للطفل وإن استحال استحقاق ذلك بمعاملته، لأن له وجهاً في الصحة وكذلك في الحمل.

وإن عزا إقراره إلى جهة مستحيلة، فكقوله: له عليَّ ألف لمعاملتي إياه، أو بجنايتي عليه، فهذه حالة مستحيلة في الحمل، فإذا وصل الإقرار بها، فإن قيل: ببطلان إقراره مع الإطلاق، فهذا إذا وصفه بالمحال أبطل.

فإن قيل: بصحة إقراره مع الإطلاق، ففيه إذا وصله بصفة مستحيلة قولان من تبعيض الإقرار فيمن قال: ضمنت ألفاً على أنني بالخيار:

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٢. وتتمة الفصل: «فيلزمه ما أقرّ به فيهما على نفسه، فإن كان الذي ذكر أنه مات حياً، وأنكر الذي له المال الوكالة، رجعا عليه بما أتلف عليهما».

أحدهما: أن الإقرار لازم على ما تقدم، والصلة رجوع، فلم يقبل.

والقول الثاني: أن الإقرار باطل، لأن بعض الكلام مرتبط ببعض، وحكمه: أوله موقوف على آخره، والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا، فإن قيل: ببطلان إقراره مع التقييد لما يستحيل، أو مع الإطلاق في أحد القولين، فهو مردود ولا تفريع عليه.

وإن قلنا: بصحة إقراره مع التقييد بالممكن، أو مع الإطلاق في أحد القولين: فحينئذ يكون التفريع، فنقول: لا يخلو حال المقر لحملها من أن تضع حملاً، أو لا:

فإن لم تضع حملاً وكان ما بها غلظاً وريحاً، بطل الإقرار له. ثم نظر في الإقرار: فإن كان قد عزاه إلى وصية بطلت وردت على ورثة الموصي، وإن كان قد عزاه إلى ميراث رد على غير الحمل من ورثة مستحقة. وإن كان قد أطلقه، أقر في يد المقر لعدم مدعيه. وإن وضعت حملاً فعلى ضربين:

أحدهما: أن تضعه حياً.

والثاني: أن تضعه ميتاً.

فإن وضعته ميتاً فالجواب على ما مضى من عدم وضعه، لأن الميت لا يملك وصية، ولا يستحق إرثاً.

وإن وضعته حياً، فعلى ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تضعه لأقل من ستة أشهر من وقت الإقرار، فالإقرار صحيح، لأن أقل الحمل ستة أشهر، فيعلم بوضعه قبلها إنه كان مخلوقاً عند الإقرار، فصح له.

والقسم الثاني: أن تضعه لأكثر من أربع سنين من وقت الإقرار، فالإقرار باطل، لأن أكثر مدة الحمل أربع سنين، فيعلم بوضعه بعدها أنه لم يكن مخلوقاً عند الإقرار فبطل، وكان كمن أقر بحمل فلم يوضع.

والقسم الثالث: أن تضعه لأكثر من ستة أشهر وأقل من أربع سنين، فلا يخلو حالها بعد الإقرار بحملها من: أن تصاب بوطء تصير به فراشاً لزوج أو سيد أو ذي شبهة، أم لا.

فإن لم يصبها مفترش يلحقه ولدها، فالظاهر من تقدم حملها ولحوقه بالوطء قبل الإقرار، فيصح الإقرار له، كحكمنا بتقدمه ولحوقه بالوطء من قبله.

وإن أصابها بعد الاقرار مفترش تصير له فراشاً، فالظاهر حدوث حملها ولحوقه بالواطىء بعد الإقرار، فبطل الإقرار له، لحكمنا بحدوثه ولحوقه بالواطىء من بعده.

فإن وضعت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر، والثاني لأكثر، فإن كان بين الولدين أقل من ستة أشهر فهما حمل واحد، فعلى هذا يحكم بتقدم الثاني، لعلمنا بتقديم الأول، لأنهما حمل واحد.

وإن كان بينهما ستة أشهر فأكثر، فهما حملان، والثاني منهما متأخر، فصح الإقرار الأول فتقدمه، وبطل الثاني لتأخره. وسواء كانت في الحالين موطوءة بعد الإقرار، أم لا.

فصل: فإذا صح الإقرار للحمل بما ذكرنا من حال وضعه، فلا يخلو أن تضع واحداً أو عدداً. فإن وضعت واحداً، فجميع الإقرار له ذكراً كان أو أنثى، سواء أكان الإقرار وصية أو ميراثاً.

وإن وضعت عدداً، فإن كان ذكوراً لا غير، أو أناثاً لا غير، فالإقرار بينهم على السواء. وإن كانوا ذكوراً وإناثاً نظر: فإن كان الإقرار ميراثاً فهو بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان وصية فهو بينهم بالسوية.

وإن لم يعلم حاله، فهو بينهم بالسوية أيضاً، لأن الأصل التساوي حتى يعلم سبب التفاضل. فلو مات أحدهم، فإن مات بعد استهلاكه كان على حقه ميراثاً يقسم بين ورثته على فرائض الله تعالى. وإن وقع ميتاً سقط سهمه، وكان الإقرار لمن سواه من الحمل.

فصل: أما المزني فإنه جمع بين هذه المسألة وبين الوكالة إذا ادعاها رجل لغائب في قبض حقه فصدق عليها، أن على من علية المال دفع المال إلى الوكيل بالتصديق، كما كان عليه دفع المال إلى الحمل الوارث. وهذا الذي قاله المزني ليس بصحيح، والفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: إنه بتصديق الوكيل غير مقر له بملك المال، فلم يجب عليه دفعه إليه. وفي الوارث مقر له بملك المال، فلزمه دفعه إليه.

والثاني: أنه بدفع المال إلى الوكيل لا يبرأ من التبعة، ومطالبة الغائب به إنكار الوكالة، فلم يلزم إلا بما تزول معه التبعة من قيام البينة بالوكالة. كمن عليه دين ببينة تشهد لا يلزم الدفع إلا بالإشهاد على قبضه لتزول التبعة عند إنكار القبض، ولو لم تكن عليه بينة

لزم الدفع بغير إشهاد لزوال التبعة فيه، وليس كذلك حال الوارث، لأن المقر به مَقر بارتفاع التبعة عنه فيه.

فصل: فأما إذا أقر رجل أو مجنون بمال، كان الإقرار لازماً إن وصله بممكن، أو أطلقه، لا يختلف. وإن وصله بمستحيل، فعلى القولين.

فأما إن أقر لدابة زيد أو لدار عمرو بمال، فالإقرار باطل لاستحالة ملك الدابة والدار شيئاً.

ولو أقر لعبد زيد بمال، فإن كان مكاتباً أو مأذوناً له في التجارة صح الإقرار له. وإن كان غير مأذون له في التجارة، فإن قيل: إنه يملك صح الإقرار له.

وإن قيل: لا يملك، ففي صحة الإقرار له وجهان:

أحدهما: لا يصح كالإقرار للبهيمة.

والثاني: يصح لإمكان معاملته على ذمته وهذا أصح.

فأما إن أقر لمصنع أو مسجد بمالٍ، صح الإقرار، لأنه قد يستحق صرف ذلك المال في عمارته من غلة وقفت عليه، أو من وصيته له. وفيه وجه آخر: أنه لا يصح الإقرار له إلا أن يصل إقراره بذلك فيصح، والأول أصح.

فأما إن أقر لبيعةٍ أو كنيسة بمال، بطل الإقرار بكل حال، لأنه لا يصح الوقف على ذلك، ولا الوصية له؛ فلم يبق وجه يمكن استحقاق مال من جهته.

فصل: وإذا أقر لرجل بحمل جاريته، فإن وصل إقراره بممكن كقوله: وصى لي برقبتها وله بحملها، صح إقراره ولزم، وسواء أطلق الإقرار أو أرسله، فالذي نقل المزني في جامعه الكبير: أن الإقرار بالحمل باطل لأنه لا يصح أن يملك منفرداً ببيع ولا هبة ولا ميراث.

ويجيء قول ثان من الإقرار للحمل: أن الإقرار بالحمل صحيح لإمكانه على ما ذكرنا في الوصية، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ هَذَا الرَّقِيقُ لَهُ إِلاَّ وَاحِداً)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٢. وتتمة المسألة: «كان للمقرّ أنْ يأخذ أيهم شاء».

قال الماوردي: وهؤلاء العبيد له إلا واحداً، صح الإقرار وكان مجهولاً، لأن الواحد المستثنى مجهول، وجهالة الاستثناء مفضي إلى جهالة المستثنى منه. والجهالة في الإقرار لا تبطله، لإمكان بيانه من نفي الجهالة بسؤاله كالمقر بشيء. ثم يؤخذ المقر ببيان العبد الذي استثناه من إقراره، وأي عبد بيَّنه قبل منه، سواء بين أعلاه أو أدناه. ومن منع من الاستثناء إذا نفى أكثر الجملة، منع من بيان أكثرهم قيمة، وهذا خطأ في الموضعين.

ثم الدليل عليه: أن المستثنى غير داخل في الإقرار، فسقط اعتباره بكل حال. ولأنه لو عينه حين إقراره صح، فكذلك بعد إقراره. وإذا كان كذلك، فإن صدقه المقر له في تعيينه فلا يمين عليه، وإن أكذبه أحلفه واستحقه.

فلو مات العبيد كلهم إلا واحداً، فبيِّن أن الذي استثناه هو هذا الواحد، ففي قبول ذلك منه وجهان:

أحدهما: لا يقبل لفوات من مات، فيصير باستثنائه رافعاً لجميع إقراره.

والوجه الثاني: أن ذلك مقبول منه لجواز بيانه قبل موت من سواه، فكذلك بعده. كما لو عينه فمات، ولا يكون هذا استثناء رافعاً للجملة، كما لا يكون موت جميعهم رجوعاً عن الإقرار بهم، وهذا أصح الوجهين.

ولكن لو قتل جميعهم إلا واحداً، فبين أن المستثنى هذا الواحد قبل منه وجهاً واحداً، لأن المقتول لم يفت لاستحقاق قيمته على القاتل. وهكذا لو قال: غصبته هؤلاء العبيد إلا واحداً ثم ماتوا وبقي منهم واحد، لأن من مات من المغصوبين مضمون بالقيمة والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ غَصَبْتُ هَذِهِ الدَّارَ مِنْ فُلَانٍ وَمَلَّكَهَا لِفُلَانٍ، فَهِيَ لِفُلَانٍ الَّذِي أَقَرَّ أَنَّهُ غَصَبَهَا مِنْهُ، وهو شاهد للثاني وَلاَ تَجُوزُ شَهَادَتَهُ لأَنَّهُ غَاصِبٌ)[1].

قال الماوردي: وصورتها في رجل قال: غصبت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو، فعليه تسليمها إلى زيد الذي أقر بغصبها منه، وهو مستأنف للشهادة بملكها لعمرو، وللذي أقرّ له تملكها لأنه قد يكون مالكاً وغيره أحقّ باليد لإجارة أو رهن. فمن أجل ذلك وجب

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٢ ـ ١١٣.

تسليمها إلى صاحب اليد المغصوبة منه دون المقر بملكها له، وسقط الغرم عنه لاستحقاق صاحب اليد لها، وإن جاز أن يكون غيره مالكاً لها، ثم يكون عمرو المقر له بملكها خصماً فيه لزيد المقر له بغصبها. فإن اعترف له بملكها سلمها إليه، وإن أنكر فالقول قوله لأجل يده، وعليه اليمين، والله أعلم.

فصل: ولو ابتدأ فقال: ملك هذه الدار لزيد غصبتها من عمرو، فهي لزيد الأول الذي أقر له بملكها دون عمرو الثاني الذي أقر له بغصبها، فصار الأول وإن كان بلفظ الشهادة إقراراً محضاً لثبوت يده من قبل، ووجوب رفعها بهذا القول.

وإن بدأ بذكر الغصب، كان ما بعده من ذكر الملك لغيره شهادة محضة. ثم إذا جعلت للأول المقر له بالملك، فهل يلزمه غرم قيمتها للثاني المقر له أم لا؟ على قولين نذكرهما فيما بعد.

فصل: وإذا قال: استعرت هذه الدار من زيد وملكها لعمرو، لزمه تسليمها إلى زيد الأول الذي استعارها منه، وصارت شهادته بملكها لعمرو، لأن شهادة المستعير جائزة، بخلاف الغاصب.

ولو ابتدأ فقال: هذه الدار لزيد واستعرتها من عمرو، لزمه تسليمها إلى زيد الأول الذي أقر له بالملك، وهل يغرم قيمتها لعمرو المعير أم لا؟ على قولين. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ غَصبْتُهَا مِنْ فُلاَنٍ، لاَ بَلْ مِنْ فُلاَنٍ، كَانتْ لِلأَوَّلِ وَلاَ غُرْمَ عَلَيْهِ لِلثَّانِي، وَكَانَ خَصْماً لِلأَوَّلَ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح إذا قال: غصبت هذه الدار من زيد، لا بل من عمرو. أو قال: هذه الدار لزيد، لا بل لعمرو. أو قال: غصبت هذه الدار من زيد، وغصبها زيد من عمرو. أو قال: هذه الدار لزيد، وغصبتها من عمرو. فالدار في هذه المسائل الأربع لزيد الأول المقر له بالملك أو بالغصب لأمرين:

أحدهما: تقدم الإقرار له والمنع من الرجوع فيه.

والثاني: إنها قد صارت للأول بالإقرار الأول، وصار بالإقرار الثاني مقراً في الملك

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٢.

الأول، فردَّ ولم يقبل. وهل يلزمه غرم قيمتها للثاني بما عقبه من الإقرار له بالملك، أو الغصب، أم لا؟ على قولين:

أحدهما: نقله المزني ههنا من كتاب الإقرار والمواهب من الأم: أن لا غرم عليه.

والقول الثاني: نص عليه الشافعي في كتاب الإقرار بالحكم الظاهر الذي لم ينقل منه المزني شيئاً. إن الغرم عليه واجب.

فإذا قيل بسقوط الغرم عنه، فوجهه شيئان:

أحدهما: أن المقر قد فعل ما لزمه من الإقرار، وإنما رفع الشرع حكمه بالأول، فلم يلزمه بعد فعل الواجب غرم.

والثاني: إن عين الدار قائمة، والقيمة مع وجودها غير مستحقة.

وإذا قيل: بوجوب الغرم عليه، فوجهه شيئان:

أحدهما: إنه بالإقرار الأول مفوت لها على الثاني بفعله، فصار كالمستهلك، فلزمه الغرم.

والثاني: إنه مقر للثاني بالغصب، والغصب موجب لغرم القيمة عند تعذر العين، وإن كانت قائمة، كالعبد الآبق والمغصوب من الغاصب.

فإذا تقرر توجيه القولين، فقد اختلف أصحابنا، فقال أبو إسحاق وأبو علي بن أبي هريرة: لا فرق بين أن يسلمها المقر إلى الأول، أو يأمره الحاكم لأجل إقراره بتسليمها إلى الأول، في أن وجوب الغرم على قولين.

وقال أبو علي الطبري ونفر من أصحابنا: إن سلمها بنفسه لزم الغرم قولاً واحداً، لما باشره من الإحالة بالتسلم. فإن سلّمها الحاكم فعلى قولين، لأن حكم لا يقدر على ردّه.

وقال أبو حنيفة: إن سلّمها بنفسه لم يغرم، وإن سلّمها الحاكم غرم، قال: لأن تسلم الحاكم تمليك فصار الملك مستهلكاً على الثاني، فاستحق الغرم، وتسليمه بنفسه ليس بتمليك، فلم يغرم وعكسه بما ذكرنا أشبه بالحق.

فصل: وإذا باع الرجل عبداً ثم أقر بعد البيع بغصبه من رجل، لم يقبل إقراره في نقض البيع، ولزمه غرم القيمة للمقر له بالغصب قولاً واحداً. بخلاف ما تقدم في أحد القولين،

لأنه في البيع قد عاوض عليه بالثمن الصائر إلية، فغرم وفي الأول لم يعاوض عليه فلم يغرم.

ولو اعتق عبداً ثم أقر بغصبه لم يبطل العتق، وكان غرم قيمته على قولين، لأنه لم يعاوض عليه؛ وسواء أعتقه متطوعاً أو عن كفارة.

فصل: وإذا قال: غصبت هذا العبد من زيد أو عمرو، ولم يعين بالإقرار أحدهما، فيؤخذ بالتعيين. فإذا عين أحدهما توجه الإقرار إليه، وكان هو المستحق للعبد، ولا غرم عليه للآخر قولاً واحداً، لأنه لم يعينه بالإقرار.

فإن لم يعين أحدهما وقال: لست أعرفه، حلف لهما وكان العبد موقوفاً بينهما حتى يصطلحا. وإن حلف لأحدهما، كان للآخر منهما.

ولو قال: غصبت هذا العبد من زيد وعمرو، وهو مقر بغصبه منهما، وعليه دفعه إليهما ولا غرم.

ولو قال: غصبت هذا العبد من زيد وغصبته من عمرو، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: إنه يكون كالمقر بغصبه لثان بعد أول، فيسلم إلى الأول، وهل يلزمه غرم قيمته للثاني، أم لا؟ على قولين.

والوجه الثاني: أنه يصير كالمقر بغصبه منهما، فيكون بينهما، ولا غرم.

فصل: ولو قال: غصبت زيداً، أو غصبت من زيد، ولم يصل هذا الإقرار بشيء، فليس بغاصب لشيء يوجب غرماً؛ لأن قوله غصبت زيداً يحتمل أن يريد حبسه من تصرفه ومنعه من عمله. وقوله: غصبت من زيد، يحتمل أن يكون ما لا قيمة له من حقير تافه.

فلو قال: غصبت زيداً كلباً أو جلد ميتة، فإن كان ذلك موجوداً وجب تسليمه إليه للإنتفاع به، وإن كان فائتاً فلا غرم عليه، لتحريم قيمته.

ولو قال: غصبت زيداً خمراً، أو قال: خنزيراً، لم يجب عليه تسليمه إليه، وأريق الخمر وقتل الخنزير لتحريم الإنتفاع بهما، والمنع من إقرار اليد عليهما، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَا يَجُوزُ إِقْرَارُ الْعَبْدِ فِي المَالِ، إِلاَّ أَنْ

يَأْذَنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التِّجَارَةِ، فَإِنْ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ سَيِّدُهُ فَمَتَى عَتَقَ وَمَلَكَ غَرِمَ، وَيَجُوزُ إِقْرَارُهُ فِي القَتْلِ وَالقَطْعِ وَالحَدِّ، لأَنَّ ذَلِكَ عَلَى نَفْسِهِ)[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. وجملة إقرار العبد، أنه على ثلاثة أقسام:

قسم: يتعلق ببدنه.

قسم: يتعلق بماله.

وقسم: يتعلق ببدنه وماله.

فأما المتعلق ببدنه: فإقراره بقتل يوجب قوداً، أو زنا يوجب حداً، أو قذفاً يوجب جلداً، وذلك مقبول منه ومأخوذ به، ولا اعتبار بتكذيب سيده. وقال المزني، وزفر، ومحمد بن الحسن، وداود: إن إقراره بتكذيب السيد مردود. استدلالاً بأن بدنه ملك لسيده، فكان إقراره في بدنه إقراراً في ملك سيده. ولأنه متهوم في إقراره إضراراً بسيده، فكان مردوداً كإقراره بالمال، وهذا خطأ ودليلنا قوله ﷺ: «مَنْ أَتَى مِنْ هَذِهِ القَاذُورَاتِ شَيْئاً فَلْيَسْتَتِرْ بِسِتْرِ اللَّهِ فَإِنَّهُ مَنْ يُبْدِ لَنَا صَفْحَتَهُ نُقِمْ حَدَّ اللَّهِ عَلَيْهِ»[٢] فكان على عمومه في كل مبدٍ لصفحته من حر وعبد. ولأنه أقر بحق على بدنه، فوجب أن يلزمه إقراره كالصلاة والصيام. ولأن ما لا يقبل فيه إقرار السيد على العبد، يقبل فيه إقرار العبد على السيد، كالردة طرداً والمال عكساً.

فأما الجواب عن استدلالهم بإقراره في ملك سيده، فهو: أن السيد لم يملك ذلك منه، ألا ترى أن إقراره فيه لا ينفذ، ولو ملكه لنفذ إقراره فيه؟.

وأما الجواب عن استدلالهم بالتهمة، فهو: أن التهمة منتفية عن العاقل أن يقتل نفسه إضراراً بغيره.

فصل: وأما المتعلق بالمال فضربان:

أحدهما: مداينة مراضاة.

والثاني: جناية إكراه.

فأما مداينة المراضاة فهو: كل حق لزم باختيار مستحقه، ومعاملة مستوجبة،

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٣.

(٢) سبق تخريجه في أول الكتاب.

كالأثمان والقروض والأجور وما يتعلق بذلك، فلا يخلو حاله: من أن يكون مأذوناً له في التجارة، أو غير مأذون له.

فإن كان مأذوناً له في التجارة، تعلق إقراره بما في يده من أموال التجارة، لأنه بالإذن في التجارة مسلط على الإقرار بموجبها. فإن ضاق ما بيده عن دينه الذي أقر به، كان الفاضل عنه في ذمته يؤديه إذا عتق وأيسر به، ولا يتعلق برقبته.

وقال أبو حنيفة: يكون الفاضل من ديون إقراره ومعاملاته متعلقاً برقبته، يباع منه حتى يقضي، استدلالاً بأن إذن السيد موجب لضمان ديونه، كما يوجب إذنه بالنكاح ضمان الصداق لزوجته.

ودليلنا: هو أن كل حق ثبت برضا مستحقه كان محله في الذمة دون الرقبة، قياساً على غير المأذون له في التجارة. ولأنه لما استوى حق الجناية من المأذون له وغير المأذون في تعلقه بالرقبة، وجب أن يستوي حكم المداينة من المأذون له وغير المأذون في تعلقه بالذمة.

فأما استدلاله بالصداق ففيه قولان:

أحدهما: لا يضمنه. فعلى هذا، يكون السؤال ساقطاً.

والثاني: يصير ضامناً له وهذا على القول الذي يوجب على السيد تزويج عبده إذا احتاج وسأل.

فعلى هذا، الفرق بين الصداق والمداينة: وجوب الإذن له بالتزويج، فكان ملتزماً للصداق فيه كالنفقة، ولا يجب عليه الإذن له بالتجارة، فلم يلزم ضمان ما حدث من مداينة.

فصل: ولو كان العبد غير مأذون له بالتجارة، فجميع ديونه متعلقة بذمته يؤديها بعد عتقه ويساره، وليس له أن يؤديها من كسبه، ولا إن ملّكه السيد مالاً أن يصرفه في ديونه، سواء قلنا بأنه يملك إذا ملكه أو لا؛ وسواء صدقه السيد على الديون أم لا. ويمنع الغرماء من مطالبته في حال الرق، وبعد عتقه حتى يوسر.

فصل: وأما ما وجب عليه عن جناية واستكراه، كأروش الجناية وقيم المتلفات وديات الخطأ، وكل ما وجب لمستحقه بغير اختيار ورضى، فلا يخلو حال السيد من أحد أمرين: إما أن يصدقه أو يكذبه.

فإن صدقه السيد على إقراره، أو قامت بينة بوجوبه ولزومه، فهو متعلق برقبته يباع فيها ويقضي. وإن ضاقت القيمة عن جنايته، ففي الفاضل منها وجهان من اختلاف أصحابنا في أرش الجناية: هل تعلق ابتداء برقبته، أو تعلق بذمته ثم انتقل إلى رقبته؟.

فأحد الوجهين: أنها وجبت ابتداء في رقبته. فعلى هذا، لا شيء عليه بعد عتقه من بقية جنايته، ويكون الباقي منها هدراً.

والثاني: أنها وجبت ابتداء في ذمته، ثم انتقلت إلى رقبته. فعلى هذا، يكون الفاضل عن قيمة رقبته ثابتاً في ذمته، يؤديه بعد عتقه ويساره.

فأما إن كذبه السيد على إقراره بالجناية والاستهلاك، لم يتعلق الإقرار برقبته، وكان متعلقاً بذمته يؤديه بعد عتقه ويساره. وسواء كان مأذوناً له في التجارة أم لا.

وقال أبو حنيفة: إن كان مأذوناً له في التجارة قضاه مما في يديه، لأنه بالإذن مطلق التصرف كالحر.

وهذا خطأ، لأن الإذن بالتجارة لا يتضمن إذناً بغير التجارة، فاستوى حال جنايته مع وجود الإذن وعدمه. ولأن أرش الاقتصاص من المأذون له في التجارة وغير المأذون له على سواء، في أنه لا يتعلق بمال التجارة، فكذلك أرش كل جناية.

وتحريره قياساً: أن ما لم يكن من حقوق التجارة لم يجز أن يتعلق بمال التجارة، كأرش البكارة، والله تعالى أعلم.

فصل: فأما المتعلق بالمال والبدن، فالسرقة، فإن لم يجب فيها القطع لعدم الحرز أو لنقص النصاب، كان كالمال المستحق عن جناية واستهلاك، إن صدقه السيد تعلق برقبته، وإن كذبه السيد كان في ذمته، ولا ينفذ إقراره على السيد مع التكذيب.

وإن وجب فيها القطع بكمال النصاب ووجود الحرز، كان إقراره نافذاً على يده في القطع، ولا يراعى فيه تصديق السيد لتعلقه ببدنه.

فأما المال، فإن صدقه السيد فيه تعلّق برقبته، وإن كذبه السيد فعلى قولين:

أحدهما: لا يقبل فيه، ويتعلق بذمته بعد عتقه، ولا يتعلق برقبته، لأنه مال لا ينفذ إقراره به إلا بتصديق السيد.

والقول الثاني: أنه مقبول الإقرار فيه ويتعلق برقبته، فيباع لأدائه، لأن اقترانه بالقطع

ينفي عنه التهمة. ولأنه إقرار واحد قد حكم ببعضه، فحكم بباقيه. فلو كان ما أقر بسرقته عيناً في يده، فإن لم يقبل إقراره في المستهلك فأولى أن لا يقبل إقراره في العين. وإن قبل إقراره في المستهلك، ففي قبول إقراره في العين التي بيده وجهان:

أحدهما: يقبل أيضاً كالمستهلك.

والثاني: لا يقبل، لأن يد العبد يد لسيده، فصار إقراره بتلك إقراراً فيما بيد سيده، فردَّ ولم يقبل.

فصل: فأما المكاتب فمقبول الإقرار في المال والبدن، ولا يعتبر فيه تصديق السيد، ويتعلق ما أقر به بالمال الذي في يده، إلا أن يعجز ولا مال معه، فتكون ديون معاملاته في ذمته يؤديها بعد عتقه، وغرم جنايته في رقبته يؤدى من ثمنه.

وأما المدبر وأم الولد، فهما في الإقرار كالعبد. وأما الذي نصفه حر ونصفه مملوك في نصفه الحر، نافذ الإقرار كالحر، وفي نصفه المرقوق كالعبد، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ رَجُلٌ: لِفُلَانٍ عَلَيَّ أَلْفٌ فَأَتَاهُ بِأَلْفٍ، فَقَالَ: هَذِهِ الألف الَّتِي أَقْرَرْتُ لَكَ بِهَا كَانَتْ لَكَ عندي وَدِيعَةٌ فقال: بل هذه وديعة وَتِلْكَ أُخْرَى، فَالْقَوْلُ قَوْلُ المِقَرُّ مَعَ يَمِينِهِ. الفصل)(١).

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا ابتدأ المقر فقال: لفلان عليَّ ألف، ثم أتاه بها وقال: هذه الألف التي كنت أقررت بها كانت لك عندي وديعة، فأنكره المقر له وقال: هذه لعمري وديعتي في يدك وتلك ألف أخرى دين لي في ذمتك، فالقول قول المقر مع يمينه، وليس عليه غيرها.

وقال أبو حنيفة: القول قول المقر له، لأن قوله: «عليَّ» مستعمل في الديون دون الودائع، فصار ظاهر الإقرار يوجب تصديق المقر له. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن حروف الصفات تقوم بعضها مقام بعض، فجاز أن يقول: عليَّ بمعنى، عندي.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٣. وتتمة الفصل: «لأن من أودع شيئاً فجائز أن يقول لفلان عندي، ولفلانٍ عليّ، لأنه عليه ما لم يهلك. وقد يودع فيتعدّى فيكون عليه ديناً، فلا ألزمه إلا باليقين».

والثاني: أن ما احتمله الإقرار فهو مقبول من المقر، وما قاله المقر ههنا محتمل من وجهين، ذكرهما الشافعي:

أحدهما: أن قوله: «عليَّ» يعني ردها.

والثاني: عليَّ لأنني تعديتِ فيها فضمنتها.

ولكن لو قال: له عليَّ ألف درهم، ثم قال: أردت بها وديعة قد تلفت، لم يقبل ذلك منه لأن ما تلف لا يكون عنده، فيحتمل عليَّ أنه المراد بقوله عليّ. ولا يمكن ردها، فيحمل على معنى الرد، ولا تصير مضمونة بغير التعدي، فلم يكن لسقوط ضمانها وجه، فلزمه الغرم.

فصل: ولو قال: لفلان في ذمتي ألف، ثم أحضر ألفاً وقال: هذه الألف التي أقررت له بها كانت له عندي وديعة، فقال المقر له: بل هذه الوديعة، وتلك دين غيرها، ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول المقر مع يمينه، ولا يلزمه غيرها، لاحتمال قوله في ذمتي لتعدية فيها.

والوجه الثاني: أن القول قول المقر له، وله مطالبة المقر بألف أخرى. لأنه لما أشار إليها أنها وديعة، لم يجز أن تضاف إلى ذمته، لأن الأعيان لا تثبت في الذمم بعد التلف، فتنافيا. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: لَهُ عِنْدِي أَلْفَ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً أَوْ مُضَارَبَةً دَيْناً، كَانَتْ دَيْناً)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. لأن الوديعة والمضاربة وإن كان أصلها سقوط الضمان عنها، فقد يقع التعدي فيهما، فيجب ضمانهما، وما وجب ضمانه بعد الأمانة جاز أن يصير ديناً بالاستهلاك. فلم يكن قوله: وديعة ديناً متنافياً ولا ممتنعاً، فصار مقراً بألف هي دين مضمون في ذمته عن وديعة أو مضاربة، ولا وجه لإلغاء بعض العراقيين صلة الوديعة بالدين وإثبات حكم الوديعة في سقوط الضمان، لإمكان اجتماعهما بما بيّنا.

---

(١) مختصر المزني: ص.١١٣ . وتتمة المسألة: «لأنه قد يتعدّى فيها فتكون مضمونة عليه».

مسألة: **قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: دَفَعَهَا إِلَيَّ أَمَانَةً عَلَى أَنِّي ضَامِنٌ لَهَا، لَمْ يَكُنْ ضامناً ضمان مَا أَصْلَهُ أَمَانَةٌ)[(١)].**

قال الماوردي: وهذا كما قال. كل عقد كان أمانة كالوديعة والمضاربة، لم يصر مضموناً باشتراط الضمان. وكل عقد كان مضموناً كالعواري، لم يسقط ضمانه باشتراط سقوطه. لأن العقود معتبرة بما استقر من أحكام أصولها، ولا يغير الشرط الأصل عن حكمه. فإذا أقر الرجل أن فلاناً دفع إليه وديعة على أنه ضامن لها، فهي أمانة لا يلزمه ضمانها.

فصل: فأما إذا قال: لفلان عليَّ ألف درهم هي وديعة دفعها إليَّ بشرط الضمان، ففيه وجهان:

أحدهما: لا تكون مضمونة، لأنه قد وصل الألف بذكر الوديعة، فلم تصر بالشرط مضمونة.

والوجه الثاني: تكون مضمونة لما تقدم من إقراره بقوله: له عليَّ، ثم قوله من بعد: دفعها إليَّ بشرط الضمان، ظاهره شرط جواز التصرف الموجب للضمان، والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: لَهُ فِي هَذَا العَبْدِ أَلْفُ دِرْهَمٍ، سُئِلَ عَنْ قَوْلِهِ، فَإِنْ قَالَ: نَقَدَ فِيهِ أَلْفاً، قِيلَ: فكَمْ لَكَ مِنْهُ؟ فَمهمَا قَالَ إِن لَهُ مِنْهُ اشْتَرَاهُ بِهِ، فَهُوَ كَمَا قَالَ مَعَ يَمِينِهِ، وَلاَ أَنْظُرُ إِلَى قِيمَةِ الْعَبْدِ، قَلَّتْ أَوْ كَثُرَتْ، لأَنَّهُمَا قَدْ يُغْبَنَانِ وَيَغْبِنَانِ)[(٢)].**

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا قال: لزيد في هذا العبد ألف درهم، فهو إقرار مجمل لا يوقف على مراده إلا ببيانه، لاحتماله وجوهاً، فيسأل عما أراد به. فإذا قال: أردت أنه نقد في ثمنه ألفاً، فهذا خبر أنه ملك منه بالابتياع شيئاً أبهمه ولم يذكر قدره.

فيقال له: قد صار إقرارك معلوم الجهة مجهول القدر، فهل شريتماه صفقه أو صفقتين؟ فإن قال: شريناه صفقة؟ قيل له: فكم نقدت في ثمنه؟ فإن قال: ألفاً، كان العبد بينهما نصفين، لأن ثمنه ألفان، إحداهما له.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٣.

(٢) مختصر المزني: ص ١١٣.

وإن قال: نقدت فيه ألفين، كان إقراراً بثلثه. وإن قال: نقدت فيه ثلاثة آلاف، كان إقراراً بربعه.

قال الشافعي رضي الله عنه: ولا أنظر إلى قيمة العبد، رداً على مالك حين زعم أنه إذا قال: أردت أنه نقد في ثمنه ألفاً، لم أسأله، وقومت العبد، فإن كانت قيمته ألفاً كان للمقر له، وإن كانت قيمته عشرة آلاف درهم كان له عشره، فرد عليه هذا القول في اعتبار قيمته بما علل به، من أنهما قد يغبنان ويغبنان، لأن الثمن قد يكون تارة أزيد من القيمة، وتارة أنقص، فلم يجز من أجل ذلك أن تعتبر لقيمة.

وإن قال: اشتريناه صفقتين، سئل عن قدر حصته، ولم يسأل عن قدر ما نقد في ثمنه، لأن ثمن كل واحد من الصفقتين قد يختلف، وليس كالصفقة الواحدة. فإذا بين لنفسه قدراً منه من ثلث أو نصف أو أكثر أو أقل، كان الباقي بعده للمقر له، وصار هو القدر المقر به.

فصل: وإن قال: أردت بقولي له في هذا العبد ألف، أن العبد جنى عليه جناية أرشها ألف، قبل منه مع يمينه لاحتمال إقراره، وأن جناية العبد في رقبته، فيباع منه بقدرها، إلا أن يفديه السيد منها، ولا يعتبر فيه تصديق العبد.

فصل: وإن قال: أردتُ بذلك أنه وصى له بألف من ثمنه، قبل منه، لأن الوصية بشيء من ثمنه متعلقة برقبته، فصار ذلك داخلاً في احتمال إقراره، ويباع العبد، فيدفع إليه ألف من ثمنه. فإن دفعت إليه من غير ثمنه، لم يجز، بخلاف الجناية التي يجوز أن يفدي منها، لأن الوصية قد يتعين الملك بها، ولا يتعين في الجناية. فإن نقص ثمن العبد عن ألف، لم يكن له أكثر من ثمنه، وإن زاد فلا حق له في الزيادة. والله أعلم.

فصل: وإن قال: أردت به أن العبد مرهون عنده بألف، وقد اختلف أصحابنا: هل يدخل ذلك في احتمال إقراره، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يدخل في الاحتمال ويقبل منه، لأن للألف تعلقاً برقبته في استيفائها منها.

والوجه الثاني: لا يدخل في الاحتمال ولا يقبل منه في البيان، لأن حق الرهن في الذمة، وهو أخبر أنه في العبد.

والوجه الأول أصح، لأن حق الرهن متعلق بالذمة والرهن، فكان أوكد من أرش الجناية.

فصل: ولا فرق فيما تقدم من المسائل بين أن يقول: له في هذا العبد ألف، وبين أن يقول: له من هذا العبد ألف، لأنهما حرفا صفة يقوم أحدهما مقام الآخر، وليست الألف جزءاً من العبد، وإنما يتوصل إليها من العبد، فاستوى الحكم في قوله: من وفي.

ولكن لو قال: له من هذا العبد بقيمة ألف، فهذا إقرار بملك جزء من العبد قدره بقيمة ألف، فهل يصير الإقرار مقدراً بالقيمة، أو يرجع فيه إلى بيانه؟ على وجهين:

أحدهما: وهو الأصح عندي: أنه يرجع فيه إلى بيانه، ولا يصير مقدراً بالقيمة لأمرين:

أحدهما: أن القيمة قد تختلف ولا تقف في الأحوال على حد، ولا الناس فيها مجمعون على قدر، فلم يجز أن يقدر الإقرار بها.

والثاني: أنه لا يصح أن يستأنف تملك شيء بقيمةٍ مطلقة. فلهذين ما رجع إلى بيانه في القدر. فإن بين قدراً يتقوم بألف أو أقل، قبل.

والوجه الثاني: يقدر إقراره بالقيمة، ذكره أبو القاسم الصيمري، وأن العبد يقوم، فإن كانت قيمته أكثر من ألف ملك منه بقسط الألف، وإن كانت قيمته ألفاً ذكر بعض أصحابنا: أنه لا يصير المقر له مالكاً لجميع العبد، لأن من يوجب التبعيض فلا بد من إخراج بعضه من إقراره. وزعم أن الصحيح عنده: أن يكون إقراره بجميع العبد استشهاداً بقول الشافعي رضي الله عنه: أن من قال: لفلان من هذا المال ألف، وكان المال كله ألفاً، أنه إقرار بجميعه. وأن من قد يكون للتبعيض تارة وللتمييز أخرى. قال الله تعالى: ﴿فَاجْتَنِبُوا الرِّجْسَ مِنَ الْأَوْثَانِ﴾[1] أي: اجتنب الأوثان الرجس.

فصل: وإذا قال: لفلان في هذا العبد شركة، رجع في قدر الشركة إلى بيانه فما بيّنه من سهم، وأن قل قبل منه.

وقال أبو يوسف: لا أقبل منه أقل من الثلث، لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَٰلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾[2] وكان الثلث في الشرع حداً في الشركة.

وهذا خطأ، لأن الله تعالى جعل الثلث في هذا الموضع قدراً لحق المشترك فيه، ولم

---

(١) سورة الحج، الآية: ٣٠.

(٢) سورة النساء، الآية: ١٢.

يجعله قدراً للسهم المشارك به. ولو جاز أن يكون هذا حداً لأقل الشركة، لمنع من الزيادة عليه أن تصح الشركة فيه، ولصار حداً لأكثر ما تصح الشركة به. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: لَهُ فِي مِيرَاثِ أَبِي أَلْفُ دِرْهَمٍ، كَانَ إِقْرَاراً عَلَى أَبِيهِ بِدَيْنٍ. وَلَوْ قَالَ: فِي مِيرَاثِي مِنْ أَبِي كَانَتْ هِبَةً، إِلاَّ أَنْ يُرِيدَ إِقْرَاراً)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وهما مسألتان يختلف حكمهما والجواب منهما.

فالمسألة الأولى: منهما أن يقول: له في ميراث أبي ألف درهم، فهذا إقرار على أبيه بدين في تركته.

والمسألة الثانية: أن يقول: له في ميراثي من أبي ألف درهم، فهذه هبة لم تقبض، فتكون غير لازمة إلا أن يريد إقراراً بدين.

والفرق بين المسألتين: حيث كان في الأولى مقراً بدين واجب، وفي الثانية بهبة غير لازمة، أنه قال في الأولى: في ميراث أبي، فأضاف الميراث إلى المقر له، لأن ملك أبيه قد زال عن المال بموته، ولا يصير ميراث الأب له إلا لدين يتعلق؛ فلذلك صار إقراراً بدين.

وفي المسألة الثانية قال: في ميراثي من أبي، فأضاف ملك الأب إلى نفسه، وهو لا يملك ميراث أبيه إلا بعد قضاء الدين والوصايا، فانصرف الإقرار عن الدين إلى الهبة لاحتمالها.

ومثال هاتين المسألتين أن يقول: له من هذه الدار نصفها، ومن داري نصفها، لأن هذا كان إقراره هذا هبة غير لازمة، للفرق المذكور بينهما، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: لَهُ عِنْدِي أَلْفَ دِرْهَمٍ عَارِيَّةً، كَانَتْ مَضْمُونَةً)[2].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا حكم برق العبد في يد رجل، والحكم برقّه يكون من ثلاثة أوجه:

أحدها: البينة القائمة برقه من أحد وجهين:

إما: بسبي فلا يقبل منه إلا شاهدان.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٣.

(٢) مختصر المزني: ص ١١٣.

وإما: لولادته من أمته عن إصابة زوج أو سفاح، فيقبل فيه أربع نسوة يشهدن بولادته.

والثاني: اليد. وهو أن يلتقط صغيراً مجهول النسب، فيدعيه الملتقط عبداً، فيحكم له برقه، فإذا تصرف فيه تصرف الاسترقاق في استخدامه ثم بلغ وأنكر الرق، لم يؤثر إنكاره بعد الحكم برقه.

والثالث: الإقرار. أن يدعي رقه بعد البلوغ فيصدق المدعي على استرقاقه، فيصير عبداً بإقراره بشرطين:

أحدهما: أن يكون مجهول النسب فإن عرف له نسب يوجب الحرية، لم يقبل إقراره.

والثاني: أن لا يتقدم منه إقرار بالحرية، فإن كان قد أقر بها ثم أقر بعدها بالرق، لم يقبل إقراره.

فإذا حكم برقه من أحد هذه الوجوه الثلاثة، وكان في يدي سيده فأقر به السيد لزيد، وأقر العبد بنفسه لعمرو، فالقول قول السيد دون العبد، لأن العبد مملوك لغيره، فصار إقراره إقراراً في ملك غيره، ونفذ فيه إقرار السيد لأجل يده.

وإذا كان القول فيه قول السيد، نظر فيه: فإن قبل زيد إقرار السيد حكم له برقه، وكان عمرو إن ادعى رقه خصماً لزيد فيه، وإن لم يقبل زيد إقرار السيد ففيه قولان:

أحدهما: يصير حراً يرتفع رقه بإنكار من صار محكوماً له بملكه.

والقول الثاني: أنه يكون على رقه ولا يصير حراً، لأن جهالة الملك لا تزيل عن السبي حكم الملك.

فعلى هذا، هل ترتفع عنه يد السيد أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يرتفع عنه لزوال ملكه بالإقرار. فعلى هذا، من سبق إلى ادعائه ملكاً لم يمنع منه، سواء سبق إلى الدعوى من اعترف له العبد بالملك، وهو عمرو أو غيره.

والوجه الثاني: تفريد السيد المقر عليه لعدم من هو أحق به، ويتسحق باليد دفع المدعي عنه، إلا أن تقوم له بيّنة بملكه. فإن صدقه ثانياً على ما ملكه، لم يصر مالكاً للعبد

في إقراره، لأنه بالإقرار الأول زال ملكه فلم ينفذ إقراره، ولكن يلزمه بالإقرار الثاني رفع يده، ولا يمنع الثاني منه، وإن لم يحكم له بالملك لعدم المنازع له. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّ الْعَبْدَ الَّذِي تَرَكَهُ أَبُوهُ لِفُلاَنٍ، ثُمَّ وَصَلَ أَوْ لَمْ يَصِلْ، دَفَعَهُ أَوْ لَمْ يَدْفَعْهُ، فَقَالَ: بَلْ لِفُلاَنٍ آخَرَ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ وَلاَ غُرْمَ عَلَيْهِ لِلآخَرَ، وَلاَ يُصَدَّقُ عَلَى إِبْطَالِ إِقْرَارِهِ فِي مَالٍ قَدْ قَطَعَهُ لِلأَوَّلِ)(١).

قال الماوردي: قد مضى نظير هذه المسألة: وصورتها: أن يقول وارث ميت قد ترك أبوه عبداً: هذا العبد الذي تركه أبي لزيد، لا بل لعمرو، فهو للأول دون الثاني، سواء قال ذلك متصلاً أو منفصلاً، وهو معنى قول الشافعي رحمه الله: وصل أو لم يصل، وهل يلزم غرم قيمته للثاني أم لا؟ على قولين ذكرنا وجههما.

واختلف أصحابنا في موضوعهما، فقالت طائفة: القولان إذا سلمه الحاكم. فإن كان هذا الدافع، له غرم قولاً واحد، وقالت طائفة: بل القول في الموضعين معاً، وهو الأظهر من قول الشافعي، لأنه قال ههنا: دفعه أو لم يدفعه فلا غرم عليه للآخر، وسواء كان عامداً في إقراره للأول أو خاطئاً، لأن العمد والخطأ في الأموال سواء.

وحكى أبو إسحاق المروزي عن بعض أصحابنا: إنْ أخطأ فلا غرم عليه، وإن عمد فعلى قولين. والأصح: ما قلناه تعليلاً بما ذكرنا. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا شَهِدَا عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ أَعْتَقَ عَبْدَهُ، فَرَدًّا، ثُمَّ اشْتَرَيَاهُ، فَإِنْ صَدَّقَهُمَا البَائِعُ رَدَّ الثَّمَنُ، وَكَانَ لَهُ الوَلاَءُ. وَإِنْ كَذَّبَهُمَا عُتِقَ بِإِقْرَارِهِمَا، وَالوَلاَءُ مَوْقُوفٌ. فَإِنْ مَاتَ الْعَبْدُ وَتَرَكَ مَالاً، كَانَ مَوْقُوفاً حَتَّى يَصْدُقهما، فَيَرُدَّ الثَّمَنَ إِلَيْهِمَا وَالوَلاَءُ لَهُ دُونَهُمَا. الفصل)(٢).

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٣.

(٢) مختصر المزني: ص ١١٣. وتتمة المسألة: «قال المزني: أصل قوله، أن من له حق منعه ثم قدُر عليه أخذه، ولا يخلو المشتريان في قولهما في العتق من صدق أو كذب. فإن كان قولهما صدقاً، فالثمن دين لهما على الجاحد، لأنه باع مولى له، وما ترك فهو لمولاه، ولهما أخذ الثمن منه. وإن كان قولهما كذباً، فهو عبدهما وما ترك فهو لهما على الجاحد لأنه مولى له. وما ترك فهو لمولاه، ولهما أخذ الثمن منه. وإن كان قولهما كذباً، فهو عبدهما، وما ترك فهو لهما، واليقين أن لهما قدر الثمن من مال الميت إذا لم يكن له وارث غير بائعه، وترك أكثر الثمن. وإن كان ما ترك أقلّ من الثمن، لم يكن لهما غيره».

قال الماوردي: وصورتها: في عبد ادَّعى على سيده أنه أعتقه فأنكره، فالقول قول السيد مع يمينه، وهو على الرق إلا أن يقيم بينة بالعتق، والبينة شاهدان لا غير.

فإن شهد على السيد بعتقه شاهدان، فإن كانا عدلين حكم بشهادتهما وعتق العبد بها وصار حراً وللسيد ولاؤه. وإن كان منكراً لعتقه، لأن العتق موجب للولاء، وقد حكم عليه بالعتق، فوجب أن يحكم له بالولاء. وعليه أن يرد عليه ما أخذه من كسبه من بعد العتق إلى حين الحكم، إلا قدر النفقة عليه.

وإن لم يكونا عدلين، ردّا وكان العبد على الرق، وللسيد أن يتصرف فيه كتصرفه من قبل في تملك اكتسابه والتزام نفقته والتمكين من بيعه.

فإذا عاد الشاهدان بعتقه فاشترياه، صح الشراء ولزمهما الثمن، وكان العقد من جهة السيد بيعاً، ومن جهة الشاهدين اقتداءاً. وإنما صح الشراء وإن اعتقدا حريته استنقاذاً له من رق ظلم وأسر عدوان، كالمسلم إذا اشترى مأسوراً من مشرك صح الشراء، وإن كان حراً استنقاذاً من أسر الظلم ويد التغلب، لا لملك ما اشترى، كمن شهد على رجل بطلاق زوجته، ثم بذل للزوج في خلعها مالاً، صح الخلع، ولزمه العوض. وإن اعتقد الفرقة قبل الخلع استنقاذاً لها من فرج حرام، فلذلك صح الشراء ولزم الثمن، وليس كمن أقر بأخت من الرضاع أنه لا يصح أن يتزوجها، لأنه ليس فيه استنقاذ من معصية، ولا غرض يصح لقاصد.

فصل: فإذا ثبت صحة الشراء ولزم الثمن، عتق عليهما وصار حراً بسابق إقرارهما، لأن قولهما وإن كان يرد على غيرهما، فهو إقرار منهما نافذ عليهما، فصار كمن أتى بمال من دين له فامتنع من قبضه وقال: هو مغصوب من فلان، لم يقبل قوله على صاحب اليد ما لم يكمل بقوله بينة عادلة، وكان لغريمه أن يجبره على قبضه أو إبرائه. فإذا قبضه لزمه رده على من أقر له بغصبه منه بسابق إقراره، لأن قوله: وإن رد على غيره، فهو مقبول على نفسه. وإذا عتق صار حراً ملك كسبه، وسقطت نفقته عنه.

ولو كان بدل العبد أمة، جاز له أن يتزوجها مع وجود الطول. ولو كانت الأمة قد ولدت في يد السيد، فملك الشاهدان أولادها، عتقوا لإقرارهما بعتق الأم، وأولاد الحرة أحرار. فلو ملك الشاهدان أن النصف ممن شهدا بعتقه، عتق عليهما ذلك النصف، ولا تقويم عليهما في النصف الثاني، لأننا لم نمض العتق عليهما بمباشرة منهما، وإنما أمضيناه بإقرارهما على غيرهما. ولأنهما والعبد معترفون بحرية جميعه، والبائع معترف برق

جميعه، فلم يكن فيهم معترف بما يوجب التقويم، فسقط. ثم هكذا الكلام لو كان أحد الشاهدين هو المشتري في صحة العقد ونفوذ العتق إذ هو به مقر. ولو لم يشتره، ولكن ورثه، عتق عليه أيضاً، لأن حصول ملكه بأي وجه كان موجباً لعتقه بالإقرار.

فصل: فإذا ثبت نفوذ عتقه فولاؤه موقوف، لأن الشاهدين المشتريين يقران به للبائع، والبائع بإنكار العتق منكر له.

فإذا عاد البائع فاعترف بالعتق، ثبت له الولاء، سواء اعترف به في حياة العبد أو بعد موته، ترك مالاً أو لم يترك؛ وعليه رد الثمن على الشاهدين. وإن كانا على حال الإنكار حتى مات العبد المحكوم بعتقه على الشاهدين، وترك مالاً، وجب أن يعان منه حتى يواري. فإن كان له وارث بغير الولاء من ذي فرض أو عصبة، فله ميراثه. وإن لم يكن له وارث ولا بالولاء، فميراثه موقوف لوقوف ولائه حتى يتبين، فيورث به.

فصل: وإن طلب الشاهدان المشتريان من تركته قدر ما ورثاه في ثمنه، قال المزني: فذاك، إما لأنه لا يخلو قولهما بالعتق من: صدقٍ، أو كذب.

فإن كان صدقاً، فالثمن دين لهما على البائع الجاحد، والتركة ماله، وقد تعذر عليهما الوصول إلى الثمن من غيره، فجاز أن يتوصلا منه إلى أخذه.

وإن كان قولهما كذباً، فهو عبدهما، وما تركه مال لهما، فصارا مالكين لقدر الثمن منه يقيناً، فاختلف أصحابنا في ذلك على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق وابن أبي هريرة والأكثرين من أصحاب الشافعي: أن الأمر على ما ذكره المزني، وأنه يحكم للمشتريين بقدر الثمن من تركته للتعليل الذي ذكره. وقد نص الشافعي رحمه الله على ذلك في كتاب الإقرار بالحكم الظاهر، وإنما قال الشافعي ههنا: كان ماله موقوفاً يعني: في استحقاقه إرثاً.

والوجه الثاني: لا يستحق المشتريان من ثمنه شيئاً، ونسب قائل هذا الوجه المزني إلى الخطأ في قوله تعليلاً بأن ما بذله المشتريان فدية تطوعاً بالتقرب إلى الله تعالى بها، فلم يجز لهما بعد التطوع الرجوع بها. وهذا التعليل من قائله خطأ مع وجود النص بخلافه، لأن مشتري الأسير من المشرك متطوع بما بذل من ثمنه على وجه الفدية، ثم له ارتجاعه إذا قدر عليه ولو غنم المال من يد المشرك، لم يملكه الغانم منه لأنه مال لمسلم.

قال الشافعي رحمه الله: ولو أسلم المشرك والمال في يده، كان عليه أن يرده،

ولباذله أن يأخذه فكذا ما بذله المشتريان، وإن كان تطوعاً منهما يجوز لهما ارتجاعه مع التطوع به. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لَهُ: عَلَيَّ دَرَاهِمَ ثُمَّ قَالَ: هِيَ نَقْصٌ أَوْ زَيْفٌ لَمْ يُصْدُقْ)(١).

قال الماوردي: إعلم أن الدرهم في حقيقته عبارة عن وزن وقدر، وقد يعبر به عن المضروب، غير أن الحكم فيه متعلق بالقدر منه، ومقاديرها مختلفة في البلاد: فدراهم الإسلام أوسطها، وهي التي وزن كل واحد منها ستة داونق، وكل دانق منها ثمان حبات، ووزن كل عشرة منها سبعة مثاقيل، وهي أوسط الدراهم قدراً، وهي الدراهم الهرقلية.

والدرهم الثاني: وهو البغلي، وهو أعلاها، ووزنه ثمانية دوانق بزيد على دراهم الإسلام ثلث وزنه.

والدرهم الثالث: وهو الطبري، وهو أدناها، ووزنه أربعة دوانق، بنقص عن درهم الإسلام ثلث وزنه. وقد يكون بين ذلك دراهم بلاد تقارب في القدر وزن هذه، كالدرهم الخوارزمي ووزنه ثلاثة أرباع الدرهم.

فإذا تقرر هذا، وأقر الرجل بألف درهم ثم قال: هي من دراهم الإسلام، فهو مقبول منه سواء قال ذلك متصلاً أو منفصلاً. لأمرين:

أحدهما: أنها الأغلب من دراهم الناس.

والثاني: أنها المعهود عرفاً من مطلق دراهم الناس.

فإن قال: أردت الدراهم البغلية، فمقبول، لزيادتها على دراهم غالب الناس، وإن قال: من الدراهم الطبرية، وهي طبرية الشام. فإن قال ذلك متصلاً فهو مقبول كالاستثناء، لأن نقص الوزن كنقص الاستثناء من الأعداد. وإن قال ذلك منفصلاً، فلا يخلو حاله من أحد أمرين: إما أن يكون من أهل ذلك البلد التي هي وزن دراهمهم، أو لا.

فإن لم يكن منهم وكان من غيرهم أو منهم، ولكن في غير بلدهم، لم يقبل ذلك منه، كما لا يقبل منه الاستثناء المنفصل، لأنهما نقصا عدداً وقدراً.

وإن كان من أهل ذلك البلد وفيه كأهل طبرية الشام، إذا أقر الواحد منهم بألف درهم

(١) مختصر المزني: ص ١١٣.

ثم قال منفصلاً: أردت الدرهم الطبري، أو كأهل خوارزم إذا قال المقر فيها بالدراهم: أردت الدرهم الخوارزمي، ففيه وجهان:

أحدهما: قاله أبو حامد المروروذي في جامعه من باب الإقرار بالحكم الظاهر: أن ذلك مقبول منه، كما يلزم ذلك في إطلاق البيع.

والوجه الثاني: وهو قول أبي حامد الأسفراييني: لا يقبل منه إلا دراهم الإسلام، لأن عرف البلاد في الإقرار غير معتبر، وإن كان معتبراً في البيع.

فصل: ولو قال بعد الإقرار بالألف: هي زيف، فهذا نقص الجنس دون القدر، فلا يخلو حال تلك الزيف أن يكون فيها فضة أم لا:

فإن لم تكن فيها فضة، لم يقبل ذلك منه سواء قاله متصلاً أو منفصلاً، لأن اسم الدراهم لا يتناولها، فصار كالاستثناء الرافع لكل الجملة، يكون مردوداً متصلاً أو منفصلاً.

وإن كان فيها فضة، فإن قال ذلك متصلاً، قبل منه. وإن قاله منفصلاً، لم يقبل كالاستثناء لبعض الجملة، إلا أن يكون في بلد تلك دراهمهم فيخرجه على الوجهين الماضيين، والله أعلم.

فصل: ولو قال: له عليَّ درهم كبير، فعليه درهم من وزن دراهم الإسلام وزنه ستة دوانق، إلا أن يريد البغلي الذي هو أزيد منه فيلزمه بإرادته.

ولو قال: له عليَّ درهم صغير، وقال: أردت الطبري الذي وزنه أربعة دوانق، قبل منه لأنه أصغر الدراهم وزناً، فكان إقراره لبيانه محتملاً، وخالف حال الإطلاق. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: هِيَ مِنْ سِكَّةِ كَذَا وَكَذَا، صَدَقَ مَعَ يَمِينِهِ، كَانَ أَدْنَى الدَّرَاهِمَ أَوْ أَوْسَطِهَا أَوْ جَائِزَةً لِذَلِكَ البَلَدِ أَوْ غَيْرِ جَائِزَةٍ، كَمَا لَوْ قَالَ لَهُ: عَلَيَّ ثَوْبٌ، أَعْطَاهُ أَيَّ ثَوْبٍ أَقَرَّ بِهِ وَإِنْ كَانَ لاَ يَلْبَسُهُ أَهْلُ بَلَدِهِ (قال المزني) فِي قَوْلِهِ: إِذَا قَالَ لَهُ عَلَيَّ دُرَيْهِم أَوْ دَرَيْهِمَاتٍ، فَهِيَ وَازِنَةٌ قَضَاءٍ. إلى آخر الفصل)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٣. وتتمة الفصل: «على قوله. وإذا قال له: عليّ دراهم فهي وازنة، ولا يشبه الثوب نقد البلد، كما لو اشترى بدرهم سلعة، جاز لمعرفتهما بنقد البلد. وأن اشتراها بثوبٍ، لم يجز لجهلهما بالثوب».

قال الماوردي: إعلم أن المقر بالدراهم يرجع إلى بيانه في صفتها وسكتَّها. فإن قال: هي من دراهم البصرة، أو سكة بغداد، قبل منه سواء كان ما ذكره من غالب نقد البلد أو من غيره، أعلى أو أدنى، متصلاً أو منفصلاً.

وقال المزني: يلزمه في إطلاق إقراره من غالب نقد البلد دون غيره، فإن بين من غير نقد البلد لم أقبل منه إلا أن يكون أعلى استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه لما كان مطلق الدراهم وزنا يوجب حملها على دراهم الإسلام، ولا يرجع إلى بيانه فيها، وجب أن يكون مطلق الدراهم جنساً يوجب حملها على العرف من غالب نقد البلد، ولا يرجع إلى بيانه فيه.

والثاني: أنه لما كان مطلق ذكرها في البيع يوجب حملها على دراهم البلد، وجب أن يكون مطلق ذكرها في الإقرار يوجب حملها على دراهم البلد. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أنه لما كان الإقرار بالمطلق من الثياب وغيرها يقتضي الرجوع إلى بيانه ولا يحمل على ثياب بلده، وجب أن يكون الإقرار بالمطلق من الدراهم يقتضي الرجوع إلى بيانه ولا يحمل على دراهم بلده، وليس إذا لم يجز إطلاق الثياب في البيع وجاز إطلاق الدراهم فيه أن يقع الفرق بينهما في الإقرار.

والثاني: أن الإقرار هو إخبار بمستحق في الذمة، وقد يصح أن يستحق في الذمة من غير نقد البلد بقرض أو غصب أو تسمية في عقد، فصح أن يقبل منه في بيان إقراره وخالف البيع الذي استشهد به المزني، من حيث أن البيع ابتداء حتى يوجب إطلاقه العرف المقصود فيه.

فأما استدلاله بالوزن من دراهم الإسلام، فلأن غيرها يوجب نقصاً في القدر، فلم يقبل في الانفصال كالاستثناء، وهذا لا يوجب نقصاً في القدر فصح، وقبل كالصحاح والمكسرة. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ فِي دِينَارٍ، فَإِنْ أَرَادَ دِرْهَماً وَدِينَاراً، وَإِلاَّ فَعَلَيْهِ دِرْهَمٌ. الفصل)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال: له عليَّ درهم في دينار، فإن أراد درهماً

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٣.

وديناراً وجبا عليه بالإقرار، وإن أطلق ولم يرد فليس عليه إلا درهم، لأنه جعل الدينار ظرفاً، والظرف لا يدخل في الإقرار. كما لو قال: ثوب في سفط، وهكذا لو قال: له عليَّ دينار في درهم، فإن أرادهما لزماه، وإن لم يردهما لزمه الدينار المتصل بلفظ الإقرار، ولم يلزمه الدرهم الذي جعله ظرفاً.

فإن قيل: فالدرهم لا يكون ظرفاً للدينار، ولا الدينار ظرفاً للدرهم، قيل: هو وإن لم يكن ظرفاً عياناً، جاز أن يكون ظرفاً حكماً.

فصل: ولو قال: له عليَّ درهم في ثوب، فعليه الدرهم دون الثوب، لأن الثوب ظرف.

وإن قال: له عليّ درهم في ثوب مروي اشتريته مؤجلاً، فإن صدقه على ذلك كان إقراراً باطلاً، لأنه يصير درهماً من سلم افترقا عليه قبل القبض وكان باطلاً.

وإن كذبه، ففي بطلانه قولان من تبعيض الإقرار، لأنه قد وصل إقراره بعد إبطاله. كمن قال: ضمنت ألفاً على أنني بالخيار.

ولو قال: له عليّ ثوب مروي بخمسة دراهم إلى أجل، فإن صدقه على الإقرار فله عليه الثوب دون الخمسة، وإن كذبه فله عليه الخمسة دون الثوب. وعلة ذلك: أن تقدير كلامه أنه أعطاني خمسة دراهم سلماً في ثوب مروي مؤجل، فإن صدقه عليه فهو اعتراف بعقد سلم يستحق فيه الثوب المسلم فيه دون الثمن، وإن كذبه صار منكراً للعقد، فاستحق الثمن. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ وَدِرْهَمٌ فَهُمَا دِرْهَمَانِ)[1].

قال الماوردي: لأنه عطف على الأول بواو النسق، فاقتضى أن يستويا في الحكم. كما لو قال: رأيت زيداً وعمراً، وهذا يستوي فيه الإقرار والطلاق في قوله: أنت طالق، وطالق في لزوم طلقتين، ويخالفه في الطلقة الثالثة في أنها على قولين:

أحدهما: يطلق ثلاثاً.

والثاني: يطلق اثنتين، إلا أن يريد بالثالثة استئنافاً.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٣.

ولو قال في الإقرار: له عليّ درهم ودرهم ودرهم، لزمه ثلاثة دراهم. وكان أبو علي بن خيران يخرج الدرهم الثالث على قولين كالطلاق، ويسوي بينهما في الحكم.

وهذا خطأ من قائله، لأن لفظ الطلاق مؤكد في العادة، فجاز أن يحمل الثالث من لفظه على التأكيد، والإقرار غير مؤكد في العادة، فحمل الثالث من لفظه على الاستئناف.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ فَدِرْهَمٌ قِيلَ: إِنْ أَرَدْتَ فَدِرْهَمٌ لَازِمٌ فَهُوَ دِرْهَمٌ)(١).

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا قال: له عليّ درهم فدرهم، لم يلزمه إلا درهم واحد، إلا أن يريد درهمين. ولو قال: أنت طالق لزمه طلقتان.

وقال أبو علي بن خيران: يلزمه في الأولى درهمان، كما يلزمه في الطلاق طلقتان. وقد أشار الشافعي رضي الله عنه إلى مثل ذلك في الإقرار بالحكم الظاهر. وهذا بين ظاهر.

والفرق بين الإقرار والطلاق: أن الدرهم في الإقرار قد يحتمل أن يوصف بالجودة والرداءة، فاحتمل أن يريد: فدرهم أجود منه أو أردأ. والطلاق لا يوصف بذلك، فزال الاحتمال عنه.

فإن قيل: فقد يوصف الطلاق بمثل ذلك، لأنه طلاق سنة وطلاق بدعة.

قيل: ليس هذا صفة للطلاق، وإنما هو حال يرجع إلى صفات المطلقة والمطلق، لأن حكم الطلاق في الأحوال على السواء.

فإن قيل: الفاء من حروف العطف والنسق كالواو، فاقتضى أن يستويا في حكم الإقرار، قيل: الفاء قد تصلح للعطف والصفة، فلما احتمل الأمرين لم يلزمه إلا اليقين، وخالفت الواو التي لا تصلح إلا للعطف دون الصفة.

ولو قال: له عليّ درهم ثم درهم، لزمه درهم، لأن ثم موضوعة لعطف التراخي، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (ولَوْ قَالَ دِرْهَمٌ تَحْتَ دِرْهَمٍ أَوْ دِرْهَمٍ أَوْ فَوْقَ دِرْهَمٍ، فَعَلَيْهِ دِرْهَمٌ، لأنه يجوز أَنْ يَقُولَ: فَوْقَ دِرْهَمٍ فِي الجَوْدَةِ، أَوْ تَحْتِهِ فِي الرَّدَاءَةِ)(٢).

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٣.

(٢) مختصر المزني: ص ١١٣.

قال الماوردي: وجملته أنه متى قال: له عليَّ درهم تحت درهم، أو درهم فوق درهم، أو درهم تحته درهم، أو درهم فوقه درهم، فإن أراد في هذه المسائل الأربع درهمين فهما عليه، وإن لم يردهما فالذي نقله المزني عن الشافعي ههنا في جامعه الكبير واختاره الربيع: ليس عليه إلا درهم واحد، لما ذكره من التعليل.

وفيه قول ثان قاله الشافعي في كتاب الإقرار والمواهب من الأم: عليه درهمان، لأنه الأظهر من حال الكلام، والقول الأول أشهر وأظهر، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ: دِرْهَمٌ مَعَ دِرْهَمٍ، أَوْ دِرْهَمٌ، مَعَهُ دِينَارٌ، لأَنَّهُ قَدْ يَقُولُ مَعَ دِينَارٍ لي)[1].

قال الماوردي: وهو كما قال. إذا قال: لفلان عليَّ درهم مع درهم، أو درهم معه درهم، أو مع دينار، أو معه دينار، فليس عليه في هذه المسائل كلها إلا درهم واحد، ما لم يرد الزيادة عليه، لأنه يحتمل أن يريد: مع دينار لي، ولا يلزم في الإقرار إلا اليقين، ويجيء فيه قول ثان: أن عليه درهمين.

فصل: فلو قال: لزيد عليَّ درهم مع عمرو، فالظاهر من إقراره: أنه مقر لزيد بدرهم هو مع عمرو، واليقين أنه مقر بدرهم لزيد وعمرو، فيرجع إلى بيانه. فإن بين الأظهر من حالتي إقراره قبلنا، وأن بين اليقين منه وأن الدرهم لهما قبلناه.

ومثله في الطلاق أن يقول: يا هند أنت طالق مع زينب، فتطلق هند دون زينب إلا أن يريدها. وهكذا لو قال: أنت زانية مع زينب، كان قاذفاً للأولى دون الثانية. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ لَهُ عَلَيَّ دِرْهَمٌ قَبْلَهُ دِرْهَمٌ أَوْ بَعْدَهُ فَعَلَيْهِ دِرْهَمَانِ)[2].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال: عليَّ درهم قبله درهم، أو بعده درهم، أو قبل درهم أو بعد درهم، فعليه في هذه المسائل الأربع درهمان. لأن قبل وبعد يقتضي التقديم والتأخير في المحل دون الصفة، ومحل الدرهم الأول هو الذمة، وهو لا يملك في

(١) مختصر المزني: ص ١١٣.

(٢) مختصر المزني: ص ١١٣.

ذمة نفسه شيئاً، فدل على أن الثاني الذي ذكره ثابت في الذمة لمن أقر له. وعلل أبو علي بن أبي هريرة بأن قبل وبعد راجع إلى الزمان، فلزمه درهمان، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ قَفِيزُ حِنْطَةٍ مَعَهُ دِينَارٌ كَانَ عَلَيْهِ قَفِيزٌ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح، إذا قال: له عليّ قفيز حنطة، لا بل قفيزان، لم يكن عليه إلا قفيزان.

وقال أبو حنيفة: يلزمه في الاستحساب قفيزان، وفي القياس ثلاثة أقفزة، ووافقنا استحساناً وخالفنا قياساً:

استدلالاً بأنه راجع بذلك عن القفيز الأول، مثبت بعده لقفيزين آخرين، فلزم الجميع ولم يقبل منه الرجوع. وهذا خطأ في القياس شرعاً، وفي مقتضى اللسان لغة من وجوه ثلاثة:

أحدها: أن اللفظ المتصل بالإقرار أكثر امتزاجاً من اللفظ المنفصل عنه، ثم ثبت أنه لو قال: له عليَّ قفيز ثم أمسك، ثم قال له بعد انفصال كلامه: عليَّ قفيزان، لم يكن عليه إلا قفيزان لا غير. فإذا قال متصلاً به: عليَّ قفيز لا بل قفيزان، فأولى أن لا يلزمه إلا قفيزان لا غير.

والثاني: أنه لو كان قوله: لا بل قفيزان، يوجب ضمهما إلى القفيز الأول قياساً، لوجب إذا قال: له عليّ قفيز لا بل أكثر من قفيز، وقد أجمعوا قياساً أنه: لا يلزمه إلا قفيز وشيء، فكذلك في قوله لا بل قفيزان.

والثالث: أن قوله: لا بل قفيزان، ليس بنفي للقفيز الأول، وإنما هو استدراك زيادة عليه لأمرين:

أحدهما: أن المثبت الباقي لا يجوز أن يدخل فيه المنفي، والقفيز داخل في القفيزين، فلم يجز أن يكون إثبات القفيزين نفياً للقفيز.

والثاني: أن مفهوم اللسان في اللغة من قول من قال: رأيت رجلاً، لا بل رجلين، أنه

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٣. وتتمة المسألة: «لأنه قد يقول مع دينار لي. ولو قال: له عليّ قفيز، لا بل قفيزان، لم يكن عليه إلا قفيزان».

مخبر عن رؤية رجلين بكلامه كله، غير راجع بآخره عن أوله. وفي هذين دليل على أنه استدراك لا نفي، فصح ما قلناه لغة وقياساً.

فصل: فأما إذا خالف بين جنسين فقال: له عليَّ دينار لا بل قفيز حنطة، فعليه الأمران: دينار، وقفيز. لأنه لما لم يدخل الأول في الثاني لاختلاف الجنسين، صار رجوعاً ولم يكن استدراكاً. والمقر إذا رجع عن إقراره بغيره، لم يقبل منه رجوعه عن الأول، ولزمه اعترافه بالثاني. كمن طلق إحدى نسائه، فأخذ بالبيان فقال: هي حفصة، لا بل هي عمرة، طلقتا جميعاً.

فصل: ولو قال: له عليَّ درهم، لا بل درهم، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: يلزمه درهم واحد لدخول الأول في الثاني.

والوجه الثاني: يلزمه درهمان، لأنه إذا لم يزد على الأول لم يكن استدراكاً، وكان رجوعاً، فلزماه معاً، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: لَهُ عَلَيَّ دِينَارٌ قَفِيزُ حِنْطَةٍ، لم يكنْ عليه إلا دينارٌ، لأنه لا يجوز أن يقول قفيز حنطة خير منه)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا قال: له عليَّ دينار فقفيز حنطة، لم يلزمه إلا دينار، لما علل به الشافعي، وأنه يحتمل أن يريد به قفيز حنطة خير منه.

وهكذا لو قال: له عليّ دينار فدرهم، لم يلزمه إلا دينار لاحتماله أن يريد: فدرهم أقل منه.

وقال أبو علي بن خيران: عليه الأمران، وبه قال الشافعي رضي الله عنه في كتاب الإقرار بالحكم الظاهر، وقد مضى الكلام عليه في الجنس كقوله: درهم فدرهم، فكذا في الجنسين.

فصل: وإذا قال: له عليَّ ما بين درهم وعشرة، فعليه ثمانية دراهم، لأنها عدد ما بين الواحد والعشرة، وهذا مما لا يختلف فيه أصحابنا.

---

(١) في مختصر ص ١١٣. صورة المسألة: «ولو قال: له عليّ دينار لا بل قفيز حنطة، كان مقراً بهما، ثابتاً على القفيز، راجعاً عن الدينار، فلا يقبل رجوعه. ولو قال: له عليّ دينار فقفيز حنطةً، لزمه الدينار، ولم تلزمه الحنطة».

فأما إذا قال: له عليَّ درهم إلى عشرة، ففيه وجهان:

أحدهما: وبه قال زفر: عليه ثمانية دراهم، لأن الأول حد للابتداء، والعاشر حد للانتهاء، فلم يدخلا لخروج الحدِّ من المحدود.

والوجه الثاني: وبه قال أبو حنيفة: عليه تسعة دراهم، لأن العاشر حد خارج عن المحدود. والأول مبتدأ به، فدخل في المحدود.

وقال محمد بن الحسن: يلزمه عشرة دراهم، فإذا دخل فيه العاشرُ مع كونه حداً، وهذا مذهب لم يقل به أحد من أصحابنا، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ لَهُ يَوْمَ السَّبْتِ بِدِرْهَمٍ، وَأَقَرَّ لَهُ يَوْمَ الأَحَدِ بِدِرْهَمٍ، فَهُوَ دِرْهَمٌ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا أقر بدرهم دفعتين، فهو إقرار بدرهم واحد، ما لم يخالف بين صفتيهما أو سببيهما.

وقال أبو حنيفة: إذا أقر بذلك في مجلس حكم، فهو إقرار بدرهمين، إلا أن يكون مكتوباً في صك فلا يلزمه إلا درهم واحد. وكذا لو أقر به في مجلس واحد، استدلالاً بأن لفظ الإقرار والطلاق يشتركان في حكم اللزوم.

ثم ثبت أنه لو قال لها في يوم السبت: أنت طالق، وقال في يوم الأحد: أنت طالق، لزمه طلقتان، هذا إذا أقر في كل يوم منهما بدرهم، لزمه درهمان. ولأن إعادة الإقرار في غير المجلس أغلظ حكماً من تكرار اللفظ في المجلس، فلما كان لو قال: له عليَّ درهم ودرهم لزمه درهمان، فإذا أعاد الإقرار في وقتين كان أولى أن يلزمه درهمان.

ودليلنا: مفهوم الخطاب لساناً، ثم مقتضى الشرع حجاجاً. فأما مفهوم الخطاب في اللغة واللسان فهو: أن الإقرار أخبار، وتكرار الخبر لا يوجب تكرار المخبر. ألا ترى أنه لو قال: رأيت زيداً، ثم قال ثانية: رأيت زيداً، لم يقتض مفهوم كلامه تكرار رؤية لزيد، فكذلك موجب إقراره.

وأما مقتضى الشرع حجاجاً، فهو: أن تكرار الإقرار في المجلس الواحد أوكد لزوماً

(١) مختصر المزني: ص ١١٣.

من تكراره في مجلسين، فلما لم يتضاعف الإقرار بتكراره في المجلس الواحد، فأولى أن لا يتضاعف في المجلسين.

وتحريره قياساً: أن كل ما لم يتكرر عليه في المجلس لم يتكرر عليه في المجلسين، كالمكتوب في صك، ولأن الإقرار بالمجمل كقوله: له عليّ شيء لا يوجب مضاعفة الإقرار بشيئين، وإعادته المفسر عند الشهود لا يصير إقراراً بحقين، فكذا المفسر عند الحاكم. ويتحرر فيه قياسان:

أحدهما: أنه إقرار لا يتكرر بالمجمل، فوجب أن لا يتكرر بالمفسر، كالإقرار عند الشهود.

والثاني: أنه إقرار لا يتكرر عند الشهود، فوجب أن لا يتكرر عند الحاكم، كالإقرار بالمجمل.

وأما الجواب عن استشهاده بالطلاق فهو: أن الطلاق إيقاع، والإقرار إخبار، فإذا أعاد لفظ طلاقه وقع به طلاق غير الأول، وإذا أعاد لفظ إقراره لم يكن خبراً غير الأول. ولو أقر بالطلاق لكان إقراره بالمال لا يتضاعف عليه حكمه، كما لا يتضاعف عليه المال.

وأما قوله: عليّ درهم ودرهم، فالمعنى في لزوم الدرهمين: أنه قد عطف على الأول مثله بواو العطف والنسق فلزماه، ولو حذف الواو لم يلزماه.

فصل: فأما إذا خالف بين الصفتين أو بين السببين، لزمه الدرهمان. ومخالفته بين الصفتين أن يقول في أحد اليومين: له عليّ درهم بصري، وفي اليوم الآخر: له عليّ درهم بغدادي. ومخالفته بين السببين أن يقول في أحد اليومين: له عليّ درهم من ثمن ثوب، وفي اليوم الآخر: له عليّ درهم من ثمن عبد أو من قرض، فيلزمه الدرهمان لأنهما صارا مختلفين، فسقط احتمال التكرار فيهما. والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلو قَالَ: لَهُ عَلَيَّ أَلْفُ دِرْهَمٍ وَدِيعَةً فَكَمَا قَالَ، لأَنَّهُ وَصَلَ. فَلَوْ سَكَتَ عَنْهُ ثُمَّ قَالَ مِنْ بَعْدِهِ: هِيَ وَدِيعَةٌ وَقَدْ هَلَكَتْ، لَمْ يُقْبَلْ مِنْهُ لأَنَّهُ حِينَ أَقَرَّ ضَمِنَ ثُمَّ ادَّعَى الخُرُوجَ، فَلاَ يُصَدَّقُ)**[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح، وألفاظ الإقرار خمسة:

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٣ ـ ١١٤.

أحدها: أن يقول: له عليَّ.

والثاني: أن يقول: له عندي.

والثالث: أن يقول: له بيدي.

والرابع: أن يقول: له قبلي.

والخامس: أن يقول: له في ذمتي.

فأما قوله: في ذمتي، فكقوله: له في ذمتي ألف درهم، فيقتضي الديون الثابتة في الذمم. فإن ذكر أنها وديعة، فإن ادعى هلاكها لم يقبل منه في سقوط الضمان عن ذمته، لأن هلاك الوديعة من غير تعد لا يوجب تعلقها بالذمة. وإن كانت باقية بيده، فهل يقبل منه أنها التي أقر بها في ذمته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يقبل منه إذا أنكره المقر له، لأن الأعيان لا تثبت في الذمة إلا بعد التلف، فامتنع أن تكون هذه الوديعة الباقية هي الثابتة في ذمته، فلم يقبل منه ذلك.

والوجه الثاني: أن ذلك مقبول منه لأنه قد يضمنها بالتعدي، فتصير ثابتة في ذمته إن هلكت، فيحمل على هذا الاحتمال.

فصل: وأما قوله: في يدي، فكقوله: له في يدي ألف درهم، فيقتضي الأعيان التي لم يستقر ثبوتها في الذمم. وقد يحتمل أن تكون العين مضمونة كالغصوب، ويحتمل أن تكون أمانة كالودائع، والقول فيها قول المقر، فإن ذكر أن الألف التي أقر بها في يده هي دين في ذمته قبل منه، لأن ما في ذمته أغلظ ثبوتاً لكونه ديناً مضموناً مما بيده.

وقد تكون أمانة ومضمونة، وقد يستهلك ما بيده، فيصير في ذمته. وإن قال: هي وديعة، فإن أحضرها قبل منه، وإن ادعى هلاكها نظر: فإن كان دعواه الهلاك منفصلاً عن حال الأخبار قبل منه، لأن ما بيده من الوديعة قد يجوز أن يهلك عقيب إقراره. وإن وصل. قال: له بيدي ألف درهم وديعة وقد هلكت، ففي قبول ذلك وجهان:

أحدهما: لا يقبل منه، لاستحالة أن يكون بيده مائة هلك.

والثاني: يقبل منه لاحتماله أن يريد أنه كان بيده.

فصل: وأما قوله: قبلي، فكقوله: لفلان قبلي ألف درهم، فلفظ محتمل يستعمل فيما

في الذمة من الديون، ويستعمل فيما في اليد من الأعيان، والاحتمال فيهما على سواء. فإذا بين أنه أراد أحد الأمرين، صار بالإرادة مقتضى وكلامه، فيكون على ما أوضحناه من حكمه.

فصل: وأما قوله: عليَّ، فكقوله: له عليَّ ألف درهم، فيقتضي ما كان مضموناً في الذمة من عين ودين، وخالف قوله: في ذمتي من وجه، وهو: أن ما في الذمة يقتضي ما ثبت فيها من دين، ولا يقتضي ما تعلق بها من ضمان عين، إلا على وجه من المجاز، إذ اختلف أصحابنا في احتماله على ما مضى من الوجهين.

فصل: فأما قوله: عندي فكقوله: له عندي ألف درهم، فقد يستعمل فيما بيده من عين مضمونة أو أمانة، ويستعمل فيما في الذمة من دين مضمون، وخالف قوله: بيدي من وجه وهو: أن ما بيده لا ينصرف إلى ما في ذمته، وإنما يختص بالأعيان التي بيده.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فصورة مسألة الكتاب أن يقول: عليَّ ألف درهم، ثم يذكر أنها وديعة، فإن أحضرها ولم يدع تلفها فقوله مقبول فيها، وقد مضى خلاف أبي حنيفة والكلام معه وإن ادعى تلفها، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يدعي ذلك منفصلاً عن إقراره، فقوله في تلفها وسقوط غرمها غير مقبول، سواء وصل إقراره بالوديعة فقال: له عليَّ ألف وديعة، أو لم يصل.

ولو كان قال: له عندي ألف درهم وديعة، ثم ادعى تلفها من بعد، قبل منه لما ذكرنا من الفرق بين قوله عليَّ وعندي.

والضرب الثاني: أن يدّعي ذلك متصلاً بإقراره فيقول: له عليَّ ألف درهم وديعة وقد تلفت، ففي قبول ذلك منه وسقوطَ الغرم عنه قولان: من تبعيض الإقرار فيمن قال: ضمنت ألفاً على أنني بالخيار، فيبطل أول كلامه بآخره من جهة المعنى دون اللفظ.

أحد القولين: يقبل لارتباط بعض الكلام ببعضه.

والقول الثاني: لا يقبل، لأن إبطاله من جهة المعنى كإبطاله من جهة اللفظ. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: لَهُ مِنْ مَالِي أَلْفُ دِرْهَمٍ، فَإِنْ

قَالَ: هِبَةٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ لأَنَّهُ أَضَافَهَا إِلَى نَفْسِهِ. فَإِنْ مَاتَ قَبْلَ أَنْ يَتَبَيَّنَ فَلاَ يَلْزَمُهُ إِلاَّ أَنْ يُقِرَّ وَرَثَتُهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال: له من مالي ألف درهم، فظاهره أنها هبة لا تلزم إلا بالقبض لأنه أضاف المال إلى نفسه ولا يملك المال وهو ملك لغيره إلا أن يعمل إقراره بما يزول معه الاحتمال بأن يقول: له من مالي ألف درهم واجبة أو بحق فيكون إقرار بدين.

وهكذا لو قال: له من داري هذه نصفها، كانت هبة إن ادعاها أو وارثه، قبل منه ولم تلزم إلا بالقبض لما ذكرنا من التعليل في إضافتها إلى نفسه يمنع من استحقاق غيره لها.

وهكذا لو قال: له من ميراثي عن أبي ألف درهم، كانت هبة. فهذه المسائل الثلاث يستوي حكمها لاستواء تعليلها، إلا أن يقول: بحق واجب، فيصير إقراراً بملك في الأحوال كلها لانتفاء الاحتمال.

فصل: وأما إذا قال: له من هذا المال ألف درهم، كان هذا إقراراً لازماً، لأنه مقر باستحقاق ما لم يضفه إلى ملكه. وهكذا لو قال: من هذه الدار نصفها، كان إقراراً بحق لما ذكرنا من التعليل.

وهكذا لو قال: له من ميراث أبي ألف درهم، كان إقراراً بدين لما ذكرنا من التعليل.

فهذه ثلاث مسائل يستوي حكمها لاستواء تعليلها.

فصل: ولو قال: له في مالي ألف درهم، قال الشافعي في الأم: كان إقراراً بدين، وخالف في الجواب بين قوله: من مالي، فجعله هبة، وبين قوله: في مالي، فجعله إقراراً، وهو قول أبي حنيفة.

والفرق بينهما: هو أنه بقوله: في مالي، جعل ماله ظرفاً للألف التي أقر بها، فلم يمنع إضافة المال إلى نفسه من ثبوت الألف فيه لغيره.

وإذا قال: من مالي، لم يصر المال ظرفاً، وكانت الألف جزءاً من المال فيمنع إضافة المال إلى نفسه أن يكون شيء منه مملوكاً لغيره.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٤. وتتمة المسألة: «ولو قال: له من داري هذه نصفها فأن قال: هبةٌ، فالقول قوله، لأنه أضافها إلى نفسه. فإن مات قبل أن يتبيّن، لم يلزمه إلا أن يقرّ ورثته. ولو قال: له من هذه الدار نصفها، لزمه ما أقرّ به».

وأما إذا قال: له في داري هذه نصفها فهو هبة وليس بإقرار، ويستوي قوله في داري، ومن داري. ويخالف قوله: في مالي، والفرق بينهما: أن استحقاق ألف من المال لا يمنع أن يسمى الباقي مالاً، واستحقاق نصف الدار يمنع أن يسمي الباقي داراً.

ولو قال: في ميراثي عن أبي ألف درهم، كان كقوله: من ميراثي عن أبي. وخالف قوله: في مالي، والفرق بينهما: أن ما ورثه عن أبيه لا حق لأحد فيه، وقد يتعلق بماله حق لغيره.

فصل: وإذا كانت الدار بين رجلين فأقر أحدهما بنصفها لرجل، وكذبه الشريك، فقد قال أبو حنيفة: كان للمقر له بالنصف ثلث الدار، وللمقر السدس تكملة النصف، والنصف الباقي للشريك المكذب، وعلّة ذلك من قوله: أن المقر بالنصف يقول: لي ولشريكي النصف، والنصف الباقي لك أيها المقر له. فيكون ذلك مثلا مالي، فإذا تفرد الشريك بتكذيبه بالنصف صار النصف الباقي بيننا أثلاثاً: لي منه سهم واحد، ولك منه سهمان مثلا مالي.

وحكي أبو العباس ابن الرّجاء البصري عن الشافعي في هذه المسألة: أن مذهبه سؤال المقر له بالنصف: أله في الدار باقي ملك أم لا؟

فإن قال: لا شيء لي في الدار، صح إقراره فيها بالنصف، وكان النصف الآخر للشريك.

وإن قال: لي نصفها، لزمه الإقرار بربعها، وكان الربع الآخر له، والنصف للشريك، لأن المقر أقر في حقه وحق شريكه، فقبل إقراره على نفسه ورد على شريكه، وهذا وجه.

ولو قيل: يلزم إقراره في النصف كله، كان له وجه محتمل.

فصل: وإذا كانت الدار مشاعة بين رجلين فأقر أحدهما ببيت منه لرجل، فكذبه الشريك، يكون إقراره مردوداً ما لم يقتسما، فإذا اقتسما وصار البيت للمقر له لزمه بالإقرار المتقدم تسليمه إلى المقر له، ولو صار البيت للشريك، ضرب للمقر له مع المقر بقيمة البيت فيما صار له بالقسمة.

وعلى ما حكاه ابن رجاء عن الشافعي: يكون للمقر له ربع البيت مشاعاً، وعلى ما ذكرنا من احتمال التخريج يكون له نصف البيت مشاعاً، لا يجوز أن يختصا دونه بقسمته.

فإن اقتسماه وصار البيت في حصة المقر لزمه تسليم جميعه إلى المقر له، وإن صار للشريك، لزم المقر أن يغرم للمقر له قيمة ما بقي من البيت بعد ما صار له بالإقرار من ربع أو نصف. وإنما لزم غرم القيمة لأنه قد صار معاوضاً عليه بالقسمة.

فصل: ولو قال هذه الدار لزيد إلا بناءها صحَّ، وكان إقراراً بالأرض دون البناء وقال أبو حنيفة: يلزمه الإقرار بجميع الدار، ولا يصح استثناء البناء لأن الدار لا تسمى داراً بغير بناء.

وهذا خطأ، لأنه لو قال: هذه الدار لزيد إلا نصفها، صح الإقرار بنصفها، ولو كان النصف بانفراده لا يسمى داراً، لأن الاستثناء بغير حكم الجملة عن إطلاقها، فلم يجز أن يجمع. والله تعالى أعلم.

فصل: فإذا أقر بحائط، لم يدخل أرض الحائط في إقراره.

وقال أبو حنيفة: يدخل الأرض في إقراره بالحائط، إلا أن يقر بنصفه فلا يدخل في إقراره.

وكفى بمناقضة قوله كسراً لمذهبه وقد وافق أنه لو أقر به بنخلة لم يدخل قرارها في الإقرار، كما لو أقر له بنصفها، فهلا استوى في الحائط حكم الإقرار بنصفه وجميعه كما استوى في النخلة وليس بينهما فرق يصح أن يختلف له الحكم؟.

فصل: ولو قال: هذه الدار لزيد وهذا البيت منها لي، صح وجرى مجرى قوله: إلا هذا البيت.

وقال أبو حنيفة: لا يصح، لأنه استثناء ورجوع في البيت بعد الإقرار به.

وهذا ليس بصحيح، لأن ألفاظ الاستثناء مختلفة، فكان استثناء ولم يكن رجوعاً.

وهكذا لو قال: هذا الخاتم لزيد وفصه لي صحَّ، ويجيء على قول أبي حنيفة: ألا يصح، لأن اسم الخاتم لا ينطلق عليه إلا بفصه.

فصل: وإذا قال: هذه الثمرة لزيد من نخلتي هذه، وهذا العبد له من هذه الأمة، وهذا البيض له من هذه الدجاجة، كان إقراراً بما أسمى من الثمرة والولد والبيض دون أصله الذي ذكره من النخلة والأمة والدجاجة، وليس ملك النماء موجباً لتملك الأصل لجواز حدوثه بابتياع أو هبة، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ هَذِهِ الدَّارُ لَكَ هِبَةً عَارِيَّةً أَوْ هِبَةً سُكْنى كَانَ لَهُ أَنْ يَخْرَجَهُ مِنْهَا مَتَى شَاءَ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال: هذه الدار لزيد هبة عارية أو هبة سكنى، قبل منه وكان إقراراً بإعارتها وإباحة سكناها، ولم يكن إقراراً بملك رقبتها، لأنه وصل إقراره بما اقتضاه، فصار أول كلامه محمولاً عليه. لأنه لو قال: هذه الدار لك، لكان إقراراً بملكها، فلما وصله بقوله: عارية أو هبة سكنى، خرج أن يكون قوله لك إقراراً بملك.

فإن قيل: فهذا قد رفع أول كلامه بأخر، فهلا كان على قولين من قوليه فيمن قال: له عليَّ ألف قضيتها؟.

قيل له: الفرق بينهما: أنه في ادعاء القضاء رافع لكل ما تقدم فلم يقبل، وفي وصله ذلك بالعارية مثبت لحكم ما تقدم على صفة محتملة، فيقبل. والله أعلم.

فصل: ولو قال: هذه الدار لك هبة، لم يكن ذلك إقراراً بملك حتى يصل ذلك بالقبض، لأن الهبة لا تلزم إلا به، وسواء كانت في يد المقر أو المقر له.

ولو قال: لك سكنى هذه الدار، فهذا إقرار لازم بملك السكنى عن إجارة في الظاهر. فإن ادعاها وطلب الأجرة، لزم المقر له دفع الأجرة إن قبل الإقرار، لأنه إذا ملك السكنى ملكت عليه الأجرة، وإن رد الإقرار فلا أجرة عليه لا سكنى له. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ لِلمَيِّتِ بِدين وَقَالَ: هَذَا ابْنُهُ وَهَذِهِ امْرَأَتُهُ، قُبِلَ مِنْهُ (قَالَ المُزَنِيُّ): هَذَا خِلاَفُ قَوْلِهِ فِي الإِقْرَارِ بِالوكَالَةِ فِي الْمَالِ، وَهَذَا عِنْدِي أَصَحُّ)[2].

قال الماوردي: وقد ذكرنا أن من أقر لميت بدين لزمه دفع الدين إلى وارثه ولو أقر بوكالة، قبض ما عليه من دين، لم يلزمه دفع الدين إلى وكيله. وسوى المزني بينهما، فأوجب عليه دفع المال إلى الوكيل، كما أوجب المال إلى الورثة، وقد ذكرنا من الفرق بينهما ما يمنع من تساوي حكمهما.

فإذا صح ما وصفناه، وأقر لميت بدين وقال: هذا ابنه وهذه امرأته، فلا يخلو حال

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٤.

(٢) مختصر المزني: ص ١١٤.

الميت من أن يعرف له وارث غيرهما، أو لا يعرف. فإن لم يعرف له وارث غيرهما، لزمه تسليم المال إليهما على فرائض الله تعالى، الثمن إلى الزوجة، والباقي إلى الإبن فلو عاد بعد إقراره فقال: بل ابن الميت وزوجته هذان الأخيران، لزمه تسليم ذلك إلى الأولين، وهل يلزمه غرم ذلك للآخرين أم لا؟

ينظر، فإن كان ديناً في ذمته لزمه غرمه قولاً واحداً، وإن كان عيناً فعلى قولين ممن قال: غصبت هذه الدار من زيد لا بل من عمرو.

فصل: وإن عرف للميت وارث غير من ذكره المقر، أمره الحاكم بدفعه إلى وارثه المعروف. فإن اعترف الوارث المعروف بمن ذكره المقر، اشتركوا في الإرث. وإن لم يعترف، تفرد بجميع الدين.

فإن دفع بأمر الحاكم لم يغرم للأول الذي أقر به شيئاً، لأن أمر الحاكم بدفع جميعه إلى المعروف حكم منه بإبطال ميراث غيره. وإن دفع بغير أمر الحاكم، غرم للأول الذي أقر به قدر حقه في الاشتراك لثبوت حق المعروف قولاً واحداً، سواء كان عيناً أو ديناً، لتقدّم الإقرار له. والله أعلم.

فصل: وإذا دفع ما أقر به من الدين إلى من أقر بهم من الورثة، ثم قدم صاحب الدين حياً، كان له أن يرجع على المقر بجميع الدين، ثم يرجع المقر له على أخذه إن قدر عليه.

فصل: وإذا أقر لورثة فلان بمال، قال الشافعي رضي الله عنه: كان بينهم بالسوية.

وهذا صحيح، لأن ذلك صفة تعريف فلم يكن بينهم على الوارث. وإن قال: أردت الإرث وأنكره من قلّ سهمه، كان القول فيه قول المقر لاحتماله. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: بِعْتُكَ جَارِيَتِي هَذِه فَأَوْلَدْتُهَا، فَقَالَ: بَلْ زَوَّجْتَنِيهَا وَهِيَ أَمَتُكَ فَوَلَدُهَا حُرٌّ، وَالأَمَةُ أُمّ وَلَدٍ بِإِقْرَارِ السَّيِّدِ، وَإِنَّمَا ظَلَمَهُ بِالثَّمَنِ، وَيَحْلِفُ وَيَبْرَأُ، فَإِنْ مَاتَ فَمِيرَاثُهُ لِوَلَدِهِ مِنَ الأَمَةِ، وَوَلاَؤُهَا مَوْقُوفٌ)[(١)].

قال الماوردي: وصورتها في رجل وطأ أمة تسلمها من سيدها، ثم اختلف السيد والواطيء، فقال السيد: بعتكها بألف في ذمتك، فأنت واطيء في ملك، وقال الواطيء:

(١) مختصر المزني: ص ١١٤.

بل زوجتنيها، فأنا واطىء في نكاح؛ فيصير السيد مدعياً على الواطىء بشرائها، والواطىء منكر. ثم الواطىء مدع على السيد بتزويجها، والسيد منكر. وإذا كان كذلك لم يخل حال الواطىء من أن يكون قد أولدها بوطئه، أم لا:

فإن لم يكن قد أولدها، حلف الواطىء للسيّد بالله أنه ما اشترى، وحلف السيد للواطىء بالله أنه ما زوج، فيحلف كل واحد منهما على نفي ما ادعى، فحينئذٍ لا يخلو حالهما في اليمين من أربعة أقسام:

أحدها: أن يحلفا، فلا يلزم الواطىء الشراء ليمينه، ولا يلزم السيد التزويج ليمينه، وللسيد بيعها لا يختلف لأنه لم يقر فيها بما يمنع من البيع، وإنما أقر بها للواطىء بثمن يملكه عليه، فإذا لم يملك على الواطىء الثمن الذي ادعاه، لم يملك الواطىء عليه الأمة التي أقر بها له، وتحرم على الواطىء إصابتها بعد إيمانهما وجهاً واحداً؛ وهل يحرم ذلك على السيد أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا تحرم عليه، لبقائها على ملكه.

والثاني: تحرم عليه، إذا كان على يقين مما ادعاه، لأنه يعتقد أنها على ملك الواطىء، وإنما ظلمه بمنع الثمن، فجعل له بيعها ليتوصل به إلى ثمنها.

وعلى هذين الوجهين، لو فضل من ثمنها بعد بيعها زيادة على القدر الذي ادعاه من ثمنها، فهل يسوغ له تملكه أم لا؟ على الوجهين. والله أعلم.

فصل: ثم ليس للسيد مطالبة الواطىء بثمن ولا مهر، لأن الثمن قد يتوصل إليه بالبيع والمهر لا يدعيه، لأنه مقر بوطئه في ملك لا يوجب عليه المال، فهذا الحكم إن حلفا.

والقسم الثاني: أن ينكلا، فهو نكول عن يمين نفي وإنكار، وتردَّ عليهما يمين الدعوى في الإثبات، فيحلف السيد بالله لقد باعه الأمة بالألف الثمن، لأن الواطىء ناكل عن يمين إنكاره للشراء والثمن. ويحلف الواطىء بالله لقد زوجه السيد، لأن السيد ناكل عن يمين إنكاره بالتزويج.

فإن نكلا عنها أيضاً، لم يحكم لواحد منهما بشيء مما ادعاه من تزويج ولا شراء، وحرمت على الواطىء بنكوله عما ادعاه من النكاح، وفي تحريمها على السيد وجهان.

وإن حلف السيد ونكل الواطىء حكم السيد على الواطىء بالشراء وقضي له بالثمن الذي ادعاه، وحرمت على السيد، وفي تحريمها على الواطىء وجهان.

وإن حلف الواطىء ونكل السيد، حكم له بالتزويج وحلل عنه دعوى الشراء، وهي حرام على السيد حلال للواطىء وجهاً واحداً. وإن حلفا معاً، قضي بيمين السيد في الشراء، ولزوم الثمن على يمين الواطىء في ادعاء التزويج، لأن تزويجه لها لا يمنع جواز ابتياعها، وهي حرام على السيد حلال للواطىء.

والقسم الثالث: أن يحلف وينكل الواطىء، فهذه اليمين من السيد إنما هي لنفي ما ادعاه الواطىء من التزويج، وقد نكل الواطىء عن يمين إنكاره لما ادعاه السيد من الشراء، ويرد على السيد اليمين ليحلف ثانية على إثبات ما ادعاه من الشراء، فتكون يمينه الأولى لنفي التزويج، والثانية لإثبات الشراء ولزوم الثمن، فتحرم على السيد، وفي تحريمها على الواطىء وجهان.

فإن نكل عنها، فلا ثمن له، والجارية في يده محرمة عليه وعلى الواطىء جميعاً.

والقسم الرابع: أن يحلف الواطىء وينكل السيد، فهذه اليمين من الواطىء إنما هي لنفي ما ادعاه السيد من الشراء، وقد نكل السيد عن يمين إنكاره لما ادعاه الواطىء من التزويج، فترد على الواطىء اليمين ليحلف بها ثانية على إثبات ما ادعاه من التزويج، فتكون يمينه الأولى لنفي الشراء، والثانية لإثبات التزويج. فإذا حلف حكم بها زوجة له، وإن نكل عنها فليست له بزوجة وهي محرمة عليه، وللسيد في الحالين بيعها لبقاء ملكه بإنكار الشراء. فهذا حكمها إن لم يكن الواطىء قد أحبلها.

فصل: فأما إذا كان الواطىء قد أحبلها وأولدها، فهي مسألة الكتاب، ودعوى كل واحد منهما تتضمن أحكاماً:

فدعوى السيد الشراء تتضمن استحقاق الثمن، وإن الأمة أم ولد، وأن الأولاد أحرار، لأنه يجعل الواطىء مالكاً ودعوى الواطىء الزوجية تتضمن إقراراً بالمهر وثبوتاً للزوجية، وأن الأمة وأولاده منها مرقوقون للسيد، فيلزم كل واحد منهما ما ضره من دعواه، ولا يقبل منها ما ينفعه لأنه متهوم فيما نفعه، فصار مدعياً له وغير متهوم فيما ضره، فصار مقراً به والذي يضر السيد من دعواه حرية الأولاد، وكون الأمة أم ولد، والذي ينفعه استحقاق الثمن، فلم يقبل قوله في ادعاء الثمن، ولزمه عتق الأولاد وكون الأمة أم ولد.

ومثاله من الأصول التي تشهد له: أن يدَّعي بيع عبده بألف على رجل قد أعتقه ومنعه من ثمنه، فينكر المدعى عليه الشراء والعتق، فيصير العبد حراً على السيد بإقراره، وإن لم يقبل قوله في استحقاق ثمنه، وكمن ادعى على زوجته أن خالعها بألف عليها فأنكرت لزمه الطلاق، ولم يقبل قوله في ادعاء المال.

والذي يضر الواطىء من دعواه: الإقرار بالمهر، لأن السيد لا يدعيه، والذي ينفعه ادعاء الزوجية وثبوت النكاح. وإذا كان كذلك، فعلى الواطىء اليمين للسيد في إنكار ما ادعاه السيد من الشراء والثمن، لأنه لو أقر له بذلك لزمه. وهل تجب على السيد اليمين للواطىء في إنكار ما ادعاه الواطىء من الزوجية، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يمين عليه لأن في تصحيح الزوجية إزالة الضرر عنه في إيقاع الحرية، فعلى هذا لو رجع عمّا ادعاه من الشراء وصدق الواطىء على الزوجية، لم يقبل قوله في الرجوع عن الشراء ولا في التصديق على الزوجية. وعلى هذا، لو كان على إنكاره لم ترد اليمين على الواطىء في إثبات الزوجية.

والوجه الثاني: وهو أصح، أن اليمين عليه واجبة لإنكاره بما لا يجعل ثبوته رافعاً لضرره. فعلى هذا، لو رجع عن ما ادعاه من الشراء وصدق الواطىء على الزوجية، لم يقبل قوله في الرجوع عن الشراء، وقبل في التصديق على الزوجية، وكانت في الحكم أم ولد، وأولادها أحرار. وعلى هذا، لو كان على إنكاره ونكل عن اليمين، ردت على الواطىء، فإذا حلف حكم له بالزوجية.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا والتزما من الأيمان ما بيّنا، توجه الكلام بعده في أربعة أحكام:

أحدها: لزوم المهر.

والثاني: جواز الوطء.

والثالث: وجوب النفقة.

والرابع: استحقاق الإرث.

فأما لزوم المهر، فإن كان أكثر من الثمن الذي ادعاه السيد لم يحكم له بالزيادة على الثمن، وإن كان مثله أو أقل ففي وجوبه عليه وجهان:

أحدهما: يجب على الواطىء أقل الأمرين من المهر، أو الثمن لاعترافه للسيد به.

والوجه الثاني: وهو أصح، لا يحكم عليه بدفع شيء منه أما الثمن فلأنه لم يلزمه بيمينه، وأما المهر فلأن السيد لا يدعيه.

فصل: وأما الوطء فهو محرم على السيد لإقراره بأنها أم ولد لغيره، وهل يحل وطئها لمدعي الزوجية أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يحل له وطئها لاتفاقهما على إباحته، إما بالملك على قول السيد، وإما بالزوجية على قول الواطىء، فصار كمن قال لغيره: بعتك أمتي وقبضت عنها، وقال: بل وهبتها، فيجوز باتفاق أصحابنا أن يطأها وإن اختلفا في سبب ملكها، لاتفاقهما على إباحته مع اختلاف سببه.

والوجه الثاني: وهو أصح أنه، لا يحل له وطئها لأنهما بإنكار العقدين قد أبطلا أن يكون للواطىء أمة ولا زوجة، فصار كمن قال لغيره: بعتك أمتي بألف لم أقبضها، وقال: بل وهبتنيها، فلا يجوز له باتفاق أصحابنا أن يطأها، لأنهما وإن اتفقا على سبب الإباحة، فهناك ثمن يستحق به المنع من الإباحة إلا بعد قبضه، وخالف حال المقر بقبضه.

فصل: وأما النفقة فنفقتان: نفقة الأولاد. ونفقة الأم.

أما نفقة الأولاد، فعلى الأب الواطىء لا يختلف، لأنهم قد عتقوا بإقرار السيد، والولد إذا أعتق وجبت نفقته على أبيه المناسب بدون مولاه المعتق.

وأما نفقة الأم، فإن جعلنا الواطىء مدعي الزوجية أن يطأ ويستمتع، فالنفقة عليه دون السيد بدلاً من استمتاعه. وإن منع الواطىء من وطئها والاستمتاع بها، سقطت نفقتها عنه لا يختلف. وأين تجب؟ على وجهين:

أحدهما: في كسبها إن كان، لأن من لزمته النفقة ملك الكسب.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة: أن نفقتها على السيد، ويكون كسبها موقوفاً لأنه متهم في إسقاط النفقة.

فصل: وأما الميراث فهو ثلاثة مواريث: ميراث الواطىء، وميراث الأولاد، وميراث الأم.

فأما ميراث الواطىء فلأولاده لكونهم أحراراً، ولا شيء للأم فيه، لأن أحسن أحوالها أن تكون أم ولد يتحرر عتقها بموته.

وأما ميراث الأولاد فلأبيهم إن كان حياً، ولا شيء لأمهم فيه، لأنها قبل موت الأب في حكم أم الولد. وإن كان موت الأولاد بعد موت الأب، فللأم الثلث من تركتهم لأنها قد صارت حرة بموت أبيهم، ثم الباقي بعده لعصبته إن كان له. وإن لم يكونوا فموقوف لأنه يستحق بالولاء الموقوف.

وأما ميراثها، فإن كان موتها بعد عتقها بموت الواطىء، فموروث لأولادها، إن كانوا، وإن لم يكونوا فموقوف لأنه يستحق بالولاء الموقوف.

وإن كان موتها قبل عتقها بموت الواطىء، فلا ميراث لأولادها، لأن أم الولد لا تورث، وتكون موقوفاً بين الواطىء والسيد، لأنه مستحق بالملك لا بالإرث، والملك موقوف. فإن طلب السيد باقي ثمنها من الموقوف من مالها حين قضي له على الواطىء المهر الذي هو أقل، أو طلب جميع الثمن حين لم يقض له على الواطىء بشيء فله ذلك، ويدفع إليه تعليلاً لما ذكرنا في الشاهدين إذا طلبا ثمن العبد الذي ابتاعاه بعدما شهدا بعتقه مما ترك بعد ثبوته.

فصل: إذا ادعى رجل جارية في يد غيره، فجحدها صاحب اليد ونكل عن اليمين، فحلف المدعي واستحق الجارية وأولدها ولداً ثم قال: كذبت في دعواي ويميني، لم يقبل قوله في رد الجارية على المحكوم عليه، لأنها صارت أم ولد في الحكم، والأولاد أحرار؛ لكن يؤخذ منه قيمتها وقيمة أولادها لإقراره بملكها للمحكوم عليه، لأنها صارت أم ولد في الحكم، ولا يجوز أن يطأها إلا أن يشتريها منه، لأنه بدفع القيمة لا يصير مالكاً، لأنه يغرم قيمة مستهلك.

فإذا اشترى قبل دفع القيمة سقطت القيمة، لأن المستحق عنها بدل واحد. وإن اشتراها بعد دفع القيمة، كانت القيمة قصاصاً من ثمنها، وتراجعا الفصل.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ: لاَ أُقِرُّ وَلاَ أُنْكِرُ، فَإِنْ لَمْ يَحْلِفْ حَلَفَ صَاحِبُهُ مَعَ نُكُولِهِ وَاسْتَحَقَّ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٤.

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا قال جواباً عن الدعوى: لا أقر ولا أنكر، فليس هذا جواباً بإقرار ولا إنكاراً، وهو كالمسكوت منه عن الجواب. فيقول له الحاكم: إن أجبت عن الدعوى بأحد الأمرين: إما بإقرار أو إنكار، وإلا جعلناك ناكلاً، ورددت اليمين على خصمك، يقول له ذلك مرة واحدة وقال الشافعي: وإن كرره ثلاثاً فحسن.

وقال أبو حنيفة: لا يستقر بحكم النكول إلا بتكراره ثلاثاً. ووهم بعض أصحابنا فقال به.

والدليل على أن حكم النكول يستقر بالمرة الواحدة: أنه لا يستفيد بتكراره ثلاثاً إلا ما علمه من حكم النكول بالأول، ولأن النكول إما أن يكون معتبراً بالإقرار، أو بالإنكار. وليس التكرار في واحد منهما معتبراً، فلم يكن في النكول معتبراً.

فصل: فأما إذا قال: لا أنكر، لم يكن مقراً لأنه يحتمل «لا أنكر» أن يكون مبطلاً، ويحتمل «لا أنكر» أن يكون محقاً، فلم يصر مع الاحتمال مقراً.

ولو قال: لا أنكر أن يكون محقاً، لم يصر مقراً لاحتمال أن يريد محقاً في دينه واعتقاده. ولكن لو قال: لا أنكر أن يكون محقاً بهذه الدعوى، كان مقراً لانتفاء الاحتمال. ولكن لو قال: أقر، لم يصر مقراً لأنه موعد. ولو قال: أنا مقر، ففيه وجهان:

أحدهما: هو قول أبي حامد الإسفراييني: لا يكون مقراً، لأنه يحتمل أن يريد «أنا مقر» ببطلان دعواك.

والوجه الثاني: وهو أصح، أنه يكون مقراً، لأنه إذا كان جواباً عن الدعوى انصرف الإقرار إليها، وكان أبلغ جواباً من نعم.

فصل: فأما إن أجاب عن الدعوى بأن قال: بلى، أو نعم، أو أجل، أو صدقت، أو أي لعمري، كان مقراً بجميع ذلك، لأنها في محل الجواب لتصديق، وإن كانت مختلفة المعاني.

وإن قال: لعلَّ وعسى ويوشك، لم يكن مقراً لأنها ألفاظ للشك والترجي. وهكذا لو قال: أظن، وأقدر، وأحسب، وأتوهم، فليس بإقرار لما تضمنتها من الشك.

ولو قال: له عليَّ ألف في علمي، كان إقراراً لأنه إنما يقر بها في علمه، وقال أبو حنيفة لا يكون إقراراً لتشكيكه. وهكذا لو قال الشاهد: أشهد أن لفلان على فلان ألفاً في علمي، صحت الشهادة عندنا وعند أبي يوسف، وبطلت عند أبي حنيفة.

فصل: وإذا قال الطالب: اقضني الألف التي لي عليك، فقال: نعم، أو أجل، أو غداً، أو أنظرني بها، كان إقراراً. وإذا قال: أنظرني، أو أرفق بي، أو أنفذ رسولك إليَّ، لم يكن إقراراً لاحتماله.

ولو قال: اشتر عبدي هذا، أو قال: أعطني عبدي هذا، فقال: نعم، كان إقراراً به. ولو قال: لا أفعل، لم يكن إقراراً.

وقال أبو حنيفة: يكون إقراراً. وهذا خطأ، لأن إنكار الجواب لا يكون إقراراً بالجواب.

فصل: وإذا قال جواباً عن ادعاء ألف عليه: خذ أو اتزن، لم يكن إقراراً لأنه يحتمل: خذ الجواب مني واتزن حقاً إن كان لك على غيري.

ولو قال: خذها أو اتزنها، فقد قال أبو عبد الله الزبيري من أصحابنا: يكون إقراراً، وبه قال أهل العراق لأن هاء الكناية في الجواب ترجع إلى ما تقدم من الدعوى.

وقال جمهور أصحابنا: لا يكون إقراراً، لأنه قد يزن ويعطي ما لا يجب عليه. ولو أجاب عن الدعوى بأن قال: صحاح، لم يكن إقراراً ولو قال: هي صحاح، قال أبو عبد الله الزبيري: يكون إقراراً، لأنه إقرار بصفتها فصار إقراراً بها، لأن الإقرار بالصفة إقرار بالموصوف. وقال جمهور أصحابنا: لا يكون إقراراً، لأنها صفة ترجع إلى المذكور من الدعوى، ولا يجوز أن يكون صفة لإقرار لم يذكر.

فصل: وإذ قال: له عليَّ ألف إن شاء الله، لم يكن مقراً، لأن مشيئة الله رافعة لحكم ما نيط بها. ولو قال: له عليَّ ما في حسابي، أو ما خرج بخطي، أو ما أقر به زيد عني، فليس في شيء من ذلك إقرار يلزم، لأنه محيل بالإقرار على غيره، وليس بمقر.

فلو قال: ما شهد به زيد عليَّ فهو لازم لي، ولم يصر مقراً بما شهد به، فإن كملت بزيد بينة عدل، حكم عليه بشهادته دون إقراره.

وقال مالك: يلزمه جميع ما شهد به زيد، وإن لم تصر بينة مسموعة، لأنه ألزم ذلك نفسه.

وهذا خطأ لما ذكرنا من أنه إذا لم تكن بزيد بينة عدل، فهي حوالة بالإقرار:

فصل: وإذا قال: لفلان عليَّ ألف إن شاء، لم يكن مقراً لأنه علق الإقرار بصفة، فصار كقوله: إن قدم زيد أو مات عمرو.

ولو قال: له عليَّ ألف إن متُّ، كان عند أبي حنيفة إقراراً مات أو عاش، وليس ذلك عندنا بإقرار مات أو عاش، لأنه لا يصح تعليق الإقرار بشرط.

فصل: ولو قال: له عليَّ ألف أو لا، فلا شيء عليه، لأنه خبر عن شك.

وقال أبو حنيفة: عليه ألف لأنه راجع عنها بعد إثباتها، والتعليل بالشك في نفي اللزوم أصح لأنه أليق بالكلام وأشبه بمفهوم الخطاب.

فلو قال: عليَّ ألف لزيد أو عمرو، ففيه وجهان.

أحدهما: أنه لا شيء عليه لواحد منهما، لأنه شك في الإقرار له، فصار كقوله له: عليَّ ألف أو لا.

والوجه الثاني: أنه يكون مقراً لأحدهما بالألف وإن لم يعينه، فيؤخذ بالبيان، ولا يسقط الإقرار. لأنه لما كان لو أقر بواحد من عبدين لم يبطل إقراره مع الجهل بتعيين المقر به، كذا إذا أقر لواحد من رجلين لم يبطل إقراره مع الجهل بتعيين المقر له وخالف قوله: عليَّ ألف أو لا، لكونه شاكاً في ثبوت الإقرار وسقوطه، وهو في هذه المسألة متيقن للإقرار شاك في مستحقه، فافترقا. والله تعالى أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ وَهَبْتُ لَكَ هَذِهِ الدَّار وَقَبَضْتُهَا، ثُمَّ قَالَ: لَمْ تَكُنْ قَبَضْتُهَا، فَأَحْلِفَ أحلفتُه لَقَدْ قَبَضَهَا، فَإِنْ نَكَلَ رَدَدَتُ اليَمِينَ عَلَى صَاحِبِهِ، وَرَدَدْتُهَا إِلَيْهِ، لأَنَّهُ لاَ تَتِمُّ الهِبَةُ إِلاَّ بِالقَبْضِ عَنْ رِضَا الوَاهِبِ)[1].

قال الماوردي: وهذا مما قد تقدم في الرهن استيفاؤه في الإقرار بقبض الراهن.

فإذا أقر مالك الدار عند الحاكم بهبتها لرجل، وأنه أقبضه إياها، وصدقه المقر له على قبضها وهبتها، ثم عاد الواهب فذكر أنه لم يقبضها، وإن ما تقدم من إقراره سهو أو كذب، فإن صدقه الموهوب له فالدار الموهوبة على ملكه، وهو مخير: إن شاء أقبض، وإن شاء منع. فإن أكذبه وادعى القبض بما تقدم من إقراره، فالقول قول الموهوب له، لأن الواهب

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٤.

مقر بالقبض راجع فيه، فيلزمه إقراره، ولم يقبل رجوعه. فإن سأل الواهب إحلاف الموهوب له بالله لقد قبضها، لم يخل حال الواهب عند إقراره من أن يكون: قد أقر بإقباضها بنفسه، أو بوكيله.

فإن كانت الدار غائبة وأقرَّ أن وكيله أقبض، أجيب إلى ما سأل من إحلاف الموهوب له بالله لقد قبض، لأنه قد يخبره الوكيل ثم يعلم كذبه، أو يزور على الوكيل كتاب منه بالقبض، ثم يعلم تزويره، فإن حلف الموهوب له على القبض استقر له الملك، وإن نكل ردت اليمين على الواهب. فإذا حلف أنه لم يكن قبضها، كانت الدار على ملكه.

وإن كانت الدار حاضرة، فالظاهر: أنه أقبضها بنفسه أو غائبة، فأقر بإقباضها بنفسه، ففي إجابته إلى إحلاف الموهوب له على قبضها وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: إنه يجاب إلى إحلاف الموهوب له، فإن نكل ردت اليمين على الواهب، والدار له لاحتمال ما ادعاه أن يكون سابق الإقرار عن اتفاق أن يعقبه الإقباض، وذلك مما قد يفعله الناس.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة: أنه لا يجاب إلى إحلاف الموهوب له، لأنه قد كذب هذه الدعوى بسابق إقراره، فردت. وليس لتخريج الاحتمال وجه إلا على كذب في إحدى الحالين، فكان حمل الإقرار على الصدق والدعوى على الكذب أولى الأمرين.

فصل: وإذا قال الواهب: قد وهبت له هذه الدار وخرجت إليه منها، فإن كانت الدار عند هذا الإقرار في يد الموهوب له كان قوله، وخرجت إليه منها محمولاً على الإقباض، لأنه الظاهر من معناه، وقد رواه المزني نصاً في جامعه الكبير.

وإن كانت في يد المقر، سئل عن المراد بقوله، وخرجت إليه منها لاحتماله مع كون الدار في يده، فما قال فيه من شيء يحتمل غير القبض، قبل. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَ عَبْدَهُ مِنْ نَفْسِهِ بِأَلْفِ درهم فَإِنْ صَدَّقَهُ الْعَبْدُ عُتِقَ وَالأَلْفُ عَلَيْهِ، وَإِنْ أَنْكَرَ فَهُوَ حُرٌّ، وَالسَّيِّدُ مُدَّعٍ وَعَلَى الْمُنْكِرِ الْيَمِينُ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٤.

قال الماوردي: إعلم أن هذه المسألة تشتمل على ثلاثة فصول:

أحدها: أن يقول السيد لعبده: إن أعطيتني ألفاً فأنت حُرٌّ، فهذا عتق بصفة وليس بمعاوضة، لأن الألف التي يعطيها العبد في حال الرق هي ملك للسيد، لأن العبد لا يملك، فلا تصح معاوضة الإنسان بماله على ماله، فلذلك كان عتقاً بصفة، ولم تكن معاوضة. وخالف قوله لزوجته: إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق، حيث جعلناه معاوضة، لأن الزوجة تملك.

فلو ادعى السيد ذلك على عبده وأنكر العبد، لم تكن دعوى لأنها لا تتضمن استحقاق مال، وكان إقراراً منه بالعتق لا يراعي فيه تصديق العبد. ولو ادعى العبد ذلك على سيده، كان مدعياً عتقاً ينكره السيد، فيحلف له ويكون العبد على رقه.

والفصل الثاني: أن يقول السيد لعبده: إن ضمنت لي ألفاً تؤديها إليّ فأنت حر، فهذا غير معاوضة، لأن الضمان فيه موجب لمال يؤديه بعد الحرية في وقت يصح ملكه، فصار معاوضة على عتقه، فغلب فيه حكم المعاوضة، وإن نضمن عتقاً بصفة لتعلقه بالضمان.

ولو ادعى السيد على عبده أنه أعتقه على ألف ضمنها، وأنكر العبد، حلف لسيده لأنه منكر، وعتق العبد على السيد لأنه مقر بعتقه، وصار كمن قال لرجل: بعتك عبدي بألف عليك فأعتقته، فأنكر، فالقول قول المشتري في إنكار الألف، وقد عتق العبد على السيد إقراره بالعتق. ولو ادّعى العبد ذلك على سيده وأنكر السيد، حلف له، وكان العبد على رقه.

والفصل الثالث: أن يبيع السيد عبده على نفسه بألف، ويقبل العبد ذلك من سيده ابتياعاً، فالذي نص عليه الشافعي في الأم ونقله المزني في جامعه ومختصره: جواز ذلك وصحته.

قال الربيع: وفيه قول آخر: إنه لا يصح. فاختلف أصحابنا في تخريجه، فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن أبي هريرة لا يحكيانه قولاً واحداً ولا يخرِّجانه مذهباً لتفرد الربيع بتخريجه لنفسه وكان أبو حامد المروروذي والإسفراييني يحكيانه ويخرّجانه، وتبعهما متأخرو أصحابنا في جواز ذلك على قولين:

أحدهما: وهو المنصوص الأصح: جوازه، لأنه أثبت من عقد الكتابة حكماً، وأعجل منه تحريراً وعتقاً.

والقول الثاني: وهو تخريج الربيع: أنه لا يجوز، لأنه إن باعه نفسه بمال في يده فذاك لسيده، وإن باعه بدين في ذمته فلا يثبت للسيد مال في ذمة عبده، فلم يكن للثمن محل ثبت فيه. فعلى هذا القول، يكون بيع السيد عبده على نفسه باطلاً لا يستحق فيه ثمناً، ولا يلتزم به ثمناً، عتقاً، ولا يكون لاتفاقهما عليه ولا لاختلافهما فيه أثر.

فأما على القول الأول الصحيح: فجوازه، ويعتق العبد بملكه نفسه، لأنه لا يستقر لأحد رق على نفسه.

فإن اختلفا وهي مسألة الكتاب فادعى السيد ذلك على عبده وأنكره العبد، حلف لسيده وبرىء ظاهراً من ثمنه، وعتق على سيده، لإقراره بعتقه.

فإن قيل: إذا أقر بملك نفسه بيعاً على ثمن، فهلا إذا فاته الثمن أن يرجع عليه بنفسه، كما إذا أقر لرجل بابتياع عبده على ثمن أنكره رجع عليه بعبده؟ قيل: الفرق بينهما من وجهين:

أحدهما: أن الملك في البيع موقوف على إقرار المتعاقدين، فلم يصح بإقرار أحدهما، والعتق لا يقف على متعاقدين، فلزم بإقرار المالك منهما.

والثاني: أن البيع قد يصح نقضه بعد تمامه لإعواز الثمن بفلس المشتري، فكان إعوازه بالإنكار أحق بالفسخ، والعتق لا يصح نقضه بعد وقوعه، ولا الرجوع فيه بعد ثبوته. ومثل مسألتنا في البيع: أن يدعي البائع على المشتري عتقه بعد الشراء فينكره، فيعتق على البائع بإقراره، لأن العتق لا يقف على غيره، والله أعلم.

مسألة: قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ لِرَجُلٍ بِذِكْرِ حَقٍّ مِنْ بَيْعٍ، ثُمَّ قَالَ: لَمْ أَقْبِضِ الْمَبِيعَ أَحْلَفْتُهُ مَا قَبَضَ، وَلاَ يَلْزَمُهُ الثَّمَنُ إِلاَّ بِالْقَبْضِ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وجملته: أنه أقر له بألف مطلقة، ثم ادعى من بعد أنها ثمن مبيع لم يقبضه، لم يقبل منه إلا بتصديق المقر له.

فأما إذا أضاف إقراره إلى ثمن مبيع فقال: عليَّ ألف من ثمن عبد، ثم عاد بعد إقراره بذكر أنه لم يقبض العبد، فالقول قوله مع يمينه بالله ما قبض العبد، ولا يلزمه الألف.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٤.

وقال أبو حنيفة: إن عيَّن العبد الذي هي من ثمنه، مثل أن يقول: من ثمن هذا العبد، كان قوله مقبولاً لأنه لم يقبضه، وإن لم يعينه وقال: من ثمن عبد، لزمه الألف، ولم يقبل قوله إنه لم يقبضه.

وقال أبو حنيفة ومحمد: هو مقر بالألف مدع أنها من ثمن عبد، فإن صدقه المقر له أنها من ثمن عبد فالقول قول المقر إنه لم يقبض العبد. وإن كذبه المقر له أنها من ثمن عبد، فالقول قول المقر له، ولا يقبل قول المقر استدلالاً منهما بأن ما يعقب الإقرار من قول برفعه مردود كدعواه القضاء، واستثنائه الكل.

ودليلنا: هو أن عقد المعاوضة يجمع ثمناً ومثمناً، فلما كان إقراره بالمثمن من عبد باعه غير لازم له إلا أن يقر بقبض ثمنه، كذلك إقراره بثمن عبد ابتاعه غير لازم له إلا أن يقر بقبض العبد الذي ابتاعه.

وتحريره قياساً: أنه أحد نوعي ما تضمنه من عوض، فوجب أن يكون لزوم الإقرار به له موقوفاً على لزوم ما في مقابلته، قياساً على البيع. وخالف استثناء الكل، لما فيه من رفع الإقرار، وفي ادعائه القضاء متصلاً بالإقرار قولان:

أحدهما: يقبل ويستويان.

والثاني: لا يقبل، ويفترقان من حيث أن الثمن قبض القبض غير لازم إداؤه، فقبض فيه قوله، والدين لازم فلم يقبل في القضاء قوله.

فلو ادعى البائع تسليم العبد الذي باعه استوجب قبض ثمنه، وأنكره المشتري لم يقبل قوله في التسليم قولاً واحداً، بخلاف مدعي القضاء فيما أقر به على أحد القولين.

والفرق بينهما: أن مدعي القضاء لا يثبت بدعواه حق، فجاز أن يقبل قوله. ومدعي تسليم المبيع يثبت به في دعواه حقاً، فلم يقبل قوله.

فصل: ولو قال: أقرضني فلان ألفاً، ثم قال: لم أقبضها، كان قوله عندنا مقبولاً، ولا يلزمه الألف.

وقال أبو حنيفة وصاحباه: لا يقبل قوله، والألف لازمة له. وهذا خطأ لما بيناه في الإقرار بثمن المبيع، لأن القرض يلزم بالقبض، فإذا لم يصرح به المقر في إقراره فليس بمقر بلزومه. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ شَهِدَ شَاهِدٌ عَلَى إِقْرَارِهِ بِأَلْفٍ، وَآخَرَ بِأَلْفَيْنِ، فَإِنْ زَعَمَ الَّذِي شَهِدَ بِالأَلْفِ أَنَّهُ شَكَّ فِي الأَلْفَيْنِ وَأَثْبَتَ أَلْفاً، فَقَدْ ثَبَتَ لَهُ أَلْفٌ بِشَاهِدَيْنِ. فَإِنْ أَرَادَ الأَلْفَ الأُخْرَى حَلَفَ مَعَ شَاهِدِهِ، وَكَانَتْ لَهُ. وَلَوْ قَالَ أَحَدُ الشَّاهِدَيْنِ: مِنْ ثَمَنِ عَبْدٍ، وَقَالَ الآخَرُ: مِنْ ثَمَنِ ثِيَابٍ، فَقَدْ بَيَّنَّا أَنَّ الأَلْفَيْنِ غَيْرُ الأَلْفِ، فَلاَ يَأْخُذُ إِلاَّ بِيَمِينٍ مَعَ كُلِّ شَاهِدٍ مِنْهُمَا)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا ادعى رجل على رجل، فشهد له شاهد على الإقرار بألف، وشهد آخر على إقراره بألفين، فلا يخلو حال الشهادة من أحد أمرين: إما أن تختلف جهاتهما. أو لا تختلف.

فإن اختلف جهاتهما، فشهد أحدهما بألف من ثمن عبد، وشهد الآخر بألفين من ثمن دار، فلم يجتمع الشاهدان على أحد الحقين، لأن ثمن العبد غير ثمن الدار فاختلفا. ويقال للمشهود له: احلف إن شئت مع كل واحد منهما، واستحق ما شهد به. فإن حلف معهما، حكم له بثلاثة آلاف درهم من جهتين: كل جهة منهما بشاهد، ويمين. وإن حلف مع أحدهما دون الآخر، حكم له بالحق الذي حلف مع شاهده، دون الحق الذي نكل عن اليمين مع الشاهد به.

فصل: وإن اتفقت الجهتان فشهد كل واحد منهما بما شهد به الآخر من ثمن عبد، أو كانت الشهادة مطلقة، أو كانت إحداهما مطلقة والأخرى مقيدة، صار الشاهدان متفقين على إثبات ألف، وتفرد أحدهما بزيادة ألف، فحكم للمدعي بألف بشاهدين وله ألف ثانية بشاهدٍ إن حلف معه حكم له بها، فيصير آخذاً لألفٍ بشاهدين وألف بشاهد يمين.

وقال أبو حنيفة: هذا اختلاف في الشهادة يمنع من اجتماعهما فيها على شيء، فلا أحكم على المشهود عليه بشيء استدلالاً بأن اختلافهما في القدر وصيغة اللفظ يمنع من أن يكونا متفقين على قدر، كاختلافهما في جهة الحق.

ودليلنا هو: أن الشهادة لا يجوز إسقاطها مع إمكان العمل بها على شروطها، كالأخبار الواردة على شروطها لا يجوز تركها مع إمكان العمل بها، ولا تكون شهادة أحدهما بحقين يمنع من قبول شهادة الآخر بأحد الحقين. كما لو شهد أحدهما بألف درهم، وشهد الآخر بألف درهم وعبد، أو شهد أحدهما بألف، والآخر بألف وخمسمائة.

---

(١) مختصر المزني: ص١١٤.

ولأن التنافي في الشهادة يوجب مضاعفة الإقرار، والموافقة توجب المداخلة في الإقرار. فلما كان إقراره بألف إذا أقر بعدها بألفين، أوجب دخول الألف في الألفين، دل على اتفاقهما وعدم تنافيهما. ولأن لفظ الألف على صيغته داخل في لفظ الألفين، وانضم إليه علامة التثنية، فكان أحق بالاستثناء من أن تنضم إليه أعداد زائدة، وزيادة الأعداد عنده لا يقتضي التنافي، كشهادة أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة، فزيادة التثنية أولى أن لا يقتضي التنافي، ويبطل بهذا ما ادعاه من اختلافهما في صيغة اللفظ.

فأما ما ذكره من اختلافهما في القدر، فالشاهد بألفين قد أثبت ألفاً وزاد ألفاً، والآخر قد أثبت ألفاً، فصار عليها متفقين، وفي الأخرى غير متفقين ولا مختلفين.

فعلى هذا، لو شهد أحدهما بمائة، والآخر بألف، حكم بمائة من جملتها بشاهدين، ولا يكون اختلاف صيغة اللفظ منهما مانعاً من دخول الأقل في الأكثر، واتفاقهما على الشهادة به.

وهكذا لو شهد أحدهما على إقراره بالعربية، وشهد الآخر على إقراره بعشرة آلاف بالفارسية، كانا متفقين على الشهادة بألف منها، وتفرد الآخر في شهادته بالزيادة عليها.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من عدم التنافي في شهادتهما ودخول الألف التي شهد بها أحدهما في الألفين التي شهد بها الآخر، عجل الحاكم للمشهود له الحكم بألف، وتوقف على إحلافه في إثبات الألف الثانية حتى يسأل الشاهد بالألف: هل عنده علم منها؟.

فإن قال: لا علم لي بها، احلف المدعي مع شاهده الآخر، وقضي له بالألف الثانية.

وإن قال: قد كنت أعلم استحقاق المدعى عليه لها، ولكن قبضها من المقر بها فشهدت بالألف الباقية ولم أشهد بالألف المقبوضة، قيل للمدعي: قد حصل لك ألف بشاهدين، وألف ثانية بشاهد، وعليك بقبضها شاهد. فإن لم يحلف مع شاهده، لم يحكم على المشهود عليه بها، لأن البينة لم تكمل. وإن أجاب إلى اليمين مع شاهده، فهل يجوز للحاكم أن يحلفه معه أم لا؟. على وجهين:

أحدهما: لا يجوز أن يحلفه، لأن الشاهد بقبضها قد قابل الشاهد في إثباتها فتعارضا، فلم يجز إحلافه مع الشهادة وتعارضهما.

والوجه الثاني: يحلفه، لأن يمينه مع شاهده لكمال بيِّنة، فجرت مجرى شاهد آخر.

ولا يجوز لحاكم أن يمنع شاهداً ثانياً أن يشهد بها، فكذا لا يمنع المدعي أن يحلف

عليها. فعلى هذا، إذا أحلفه الحاكم مع شاهده فقد تمت له البينة عليها بشاهد ويمين، فيقال للمشهود عليه: قد لزمتك ألف ثانية بشاهد ويمين، ولك أن تدفعها بشاهد. فإن حلفت معه تمت بينتك بشاهد ويمين، فسقطت عنك. وإن لم تحلف، لزمتك لأن البينة بها عليك ثابتة، والبينة لك بدفعها غير ثابتة.

فصل: فأما إذا كانت الدعوى منه ألفاً، فشهد له أحد الشاهدين بألف، وشهد الآخر بألفين، فقد اختلف أصحابنا: هل يكون باقتصاره في الدعوى على ألف مكذباً للشاهد له بألفين، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يكون مكذباً للزيادة في الشهادة على ما ادعى. فعلى هذا، ترد شهادته في جميع الألفين، ويبقى معه الشاهد بالألف فيحلف معه، ويستحقها.

والوجه الثاني: وهو أصح: أنه لا يكون مكذباً له، لجواز اقتصاره في الدعوى على بعض حقه، ولجواز أن يقبض من حقه ما لم يعلم الشاهد بقبضه، إلا أن يظهر في الدعوى تكذيب الشاهد؛ مثل أن يدّعي ثمن عبده ألفاً، فيشهد بأن ثمنه ألفان، فترد الشهادة لتكذيبهما بالدعوى، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ أَنَّهُ تَكَفَّلَ لَهُ بِمَالٍ عَلَى أَنَّهُ بالخِيَارِ، وَأَنْكَرَ المكفُولُ لَهُ الخِيَارَ، فَمَنْ جَعَلَ الإِقْرَارَ وَاحِداً أَحْلَفَهُ عَلَى الخِيَارِ وَأَبْرَأَهُ، لأَنَّهُ لَا تجُوزُ الكفالة بِخِيَارٍ وَمَنْ زَعَمَ أَنَّهُ يبعِّض إِقْرَاره، أَلْزَمَهُ مَا يَضُرُّهُ وَأَسْقَطَ مَا ادَّعَى المُخْرِجُ منه (قال المزني) قَوْلُهُ الَّذي لَمْ يَخْتَلِفْ: إِنَّ الإِقْرَارَ فِي المُتَبَايِعَيْنِ إِذَا اخْتَلَفَا فِي الخِيَارِ، أَنَّ القَوْلَ قَوْلُ البَائِع مَعَ يَمِينِهِ. وَقَدْ قَالَ: إِذَا أَقَرَّ بِشَيْءٍ فَوَصَفَهُ قَبْلَ قَوْله وَلَمْ أَجْعَلْ قَوْلاً وَاحِداً إِلَّا حَكَمًا وَاحِداً. الفصل)[1].

قال الماوردي: ومقدمة هذه المسألة أن الضمان بشرط الخيار باطل.

وقال أبو حنيفة: جائز، لدخول الضامن فيه على شرطه.

والدلالة على فساده: أنه عقد وثيقة، فبطل باشتراط الخيار كالرهن. ولأن الضمان يقتضي اللزوم والإثبات، والخيار ينافي اللزوم والإثبات، وإذا انضم إلى العقد ما ينافيه

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٤. وتتمة المسألة: «ومن قال: أجعله في الدراهم والدنانير مقرّاً وفي الأجل مدّعياً، لزمه إذا أقرّ بدرهم نقد البلد لزمه. فإن وصل إقراره بأن يقول: طبري، جعله مدّعياً، لأنه ادّعى نقصاً من وزن الدرهم ومن عينه، ولزمه لو قال: له عليّ ألف إلّا عشرة، أن يلزمه ألفاً، وله أقاويل كذا».

أبطله. ولأن الخيار موضوع لاستدراك الغبن وطلب الحظ في عقود المعاوضات، ولذلك كان مقصوراً على الثلاث لاستدارك الغبن بها، ومختصاً بالبيع دون النكاح لاختصاصه بالمغابنة. وليس الضمان عقد معاوضة يستدرك بالخيار فيه المغابنة، فوجب أن يبطل باشتراطه كالنكاح.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فادعى رجل على رجل ضمان مال، فمن تمام الدعوى أن يذكر قدر المال المضمون، لأن ضمان المجهول عندنا باطل، ولزومه على المضمون عنه. لأن ضمان ما لا يلزم باطل، فتصح الدعوى حينئذ بهذين الشرطين. وليس تسمية المضمون عنه شرطاً في الدعوى على الصحيح من المذهب.

فإذا كملت الدعوى بأن قال: ضمن لي ألفاً ديناً على غريم، سئل المدعى عليه الضمان عنها، فإذا أنكر حلف، وإن اعترف بالضمان على شرط الخيار ففيه ثلاث مسائل:

إحداها: أن يقول: قد ضمنت إلا بشرط الخيار. أو يقول: إنما ضمنت بشرط الخيار، لأنه إذا ابتدأ بقوله إنما، فمعلوم من صيغة كلامه أنه يريد أن يصل الضمان بغيره، فتصير الصلة لتقدم إمارتها كالمتقدمة على إقراره، فيكون قوله في ذلك مقبولاً، ولا يلزمه بهذا القول ضمان، لا يختلف فيه المذهب.

والمسألة الثانية: أن يقر بالضمان مطلقاً، ثم يدّعي بعد انفصال كلامه أن ضمانه كان بشرط الخيار، فقد لزمه الضمان بالإقرار، ولا يقبل منه دعوى الخيار. وهذا أيضاً مما لم يختلف فيه المذهب، كالاستثناء المتصل.

والمسألة الثالثة: أن يقر بالضمان موصولاً بالخيار، فيقول: ضمنت له ألفاً على أنّي بالخيار. فإن صدقه المدعي على الخيار فالضمان باطل، وإن كذبه على الخيار وادعى إطلاق الضمان، ففيه قولان منصوصان:

أحدهما: قوله في ادعاء الخيار مقبول، وإقراره بالضمان باطل، لأنه غير مجمل في كلامه عرفاً فوجب أن يحكم به شرعاً كالاستثناء. ولأنه لما كان صلة إقراره بمشيئة الله تعالى مقبولاً في رفع الإقرار، كان صلته بما يصل من حكمه من الخيار مقبولاً في بطلان الضمان. ولأنه لما كان إقراره بالبيع إذا وصله بصفة يبطل معها مقبولاً، ولا يجعل في البيع مقراً، وفي الفساد مدعياً، وجب أن يكون إقراره بالضمان إذا وصله بما يبطل معه مقبولاً، ولا يبعض إقراره فيجعل في الضمان مقراً، وفي الخيار مدعياً.

والقول الثاني: أن قوله في ادعاء الخيار مردود، وإقراره بالضمان لازم ينقض إقراره، ويحلف له المقر له. وإنما كان كذلك لأن أصول الشرع مقررة على أن من أقر بما يضره لزمه، ومن ادعى ما ينفعه لم يقبل منه. وهو في الضمان مقر بما يضره، وفي الخيار مدع بما ينفعه؛ ولأنه أسقط أول كلامه بآخره، فصار كاستثناء جميع ما أقر به.

وعلى هذين القولين في تبعيض الإقرار، إذا قال: له عليَّ ألف قضيته إياها، يقبل قوله على القول الأول في القضاء، ولا يبعض إقراره، ولا يقبل قوله على القول الثاني، ويبعض عليه إقراره.

وهكذا لو قال: له عليَّ ألف من ثمن خمر أو خنزير، كان على هذين القولين.

فأما إذا قال: له عليَّ ألف مؤجلة إلى سنة، وقد اختلف أصحابنا فخرجه بعضهم على قولين، وقال بعضهم: يجوز، ويقبل منه قولاً واحداً، لأنه لا يسقط بالتأجيل شيء من الإقرار.

وجملة ذلك، أن القرائن والصِّلات أربعة أقسام:

أحدها: ما يقبل في الاتصال والانفصال. وهوأن يقر بمال، ثم يقولْ: من شركة كذا، فيقبل منه، وصل أو فصل.

والقسم الثاني: ما لا يقبل في الاتصال والانفصال، وهو استثناء الكل كقوله: له عليَّ ألف إلا ألفاً، فلا يقبل منه وصل أو فصل لفساده في الكلام وإحالته في مفهوم الخطاب.

والقسم الثالث: ما يقبل في الاتصال ولا يقبل في الانفصال، وهو استثناء البعض من الإقرار بالنقص والزيف، وما لا يرفع جميع الإقرار إن وصل قبل، وإن فصل لم يقبل.

فإن قيل: فما الفرق بين استثناء الكل واستثناء البعض؟ قيل: من وجهين:

أحدهما: أن استثناء البعض مسموع في الكلام وصحيح في مفهوم الخطاب فجاز، واستثناء الكل غير مسموع في كلامهم ولا يصح في مفهوم خطابهم، فبطل لإحالة أن يكون كلاماً صحيحاً.

والثاني: أن استثناء البعض مثبت لحكم الاستثناء والمستثنى منه، فصح. واستثناء الكل مبطل لحكم الاستثناء والمستثنى منه، فبطل الاستثناء ويصح المستثنى منه.

والقسم الرابع: ما لا يقبل في الانفصال، واختلف قوله في قبوله في الاتصال. وهو:

ما رفع جميع المتقدم من جهة الحكم والمعنى دون اللفظ، وكان صحيحاً في كلام الناس ومفهوم خطابهم كقوله: ضمنت على أني بالخيار، أو: له عليَّ ألف من ثمن خمر أو خنزير، أو: له عليَّ ألف قضيته، أو: له عليَّ مال مؤجل، فهذا قد يكون بين الناس ويصح في كلامهم، وإنما بطل بحكم الشرع لا بمفهوم الخطاب، واستحالة الكلام باستثناء الكل الذي هو مستحيل في الكلام، فيكون على قولين إن اتصل:

أحدهما: يقبل لصحته في الكلام.

والثاني: لا يقبل، جمعاً بين ما رفع أول كلامه لفظاً، وبين ما رفعه حكماً.

فصل: فأما المزني فإنه اختار قبول إقراره في الجميع من غير تبعيض، ثم احتج لنصرته بالبيع إذا أقر به البائع بخيار ادعاه أن قوله مقبول فيه.

فيقال للمزني: إن أردت خيار الثلاث الجائز فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، ولا يقبل قول أحدهما دون الآخر. وإن أردت خيار ما زاد على الثلاثة المبطل للعقد، فقوله مقبول فيه.

والفرق بين البيع والضمان: أن البيع عقد معاوضة يملك به عوض ما ملك عليه، وقبل قوله في فساده لرجوعه إلى العوض؛ وليس كالضمان الذي لا يقابله لنفسه ما يبطل لبطلانه، فلم يقبل قوله في فساده.

ثم قال المزني: ولا أجعل قولاً واحداً إلا حكماً واحداً. وهذا يفسد عليه باستثناء الكل، والله أعلم بالصواب.

مسألة: **قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ ضَمِنَ لَهُ عُهْدَةَ دَارٍ اشْتَرَاهَا وَخلاَصِهَا. فاسْتُحِقَّتْ، فالثَّمَنِ عَلَى الضَّامِنِ إنْ شَاءَ)**[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال: ضمان درك البيع جائز، وهو الرجوع بالثمن عند استحقاقه وضمان الدرك والعهدة سواء في الحكم، وإن اختلفا لفظاً.

وقال أبو يوسف: سألت أبا حنيفة عن ضمان العهدة فقال: ما أدري ما العهدة؟ العهدة الكتاب. فكأنه أنكر أن يعبر عن ضمان الدرك بضمان العهدة، وهذه عبارة قد ألفها الناس واتسعوا فيها، فلا وجه لإنكارها، مع أن إنكار العبارة مع الاعتراف بالحكم غير مؤثر.

(١) مختصر المزني: ص ١١٤.

وقال أبو العباس بن سريج: ضمان الدرك باطل لأمرين:

أحدهما: أنه ضمان ما لا يجب، لتردده بين أن يستحق أو لا يستحق.

والثاني: أنه ضمان مجهول، لتردده بين استحقاق الكل أو البعض.

وقال ابن أبي ليلى وزفر: إن ضمن الدرك بأمر البائع صح، وإن ضمن بغير أمره بطل، لالتزامه حكم عقده.

وهذا خطأ، والدليل على جوازه مع أنه قول الجمهور: أن ما دعت الضرورة إليه صح أن يرد الشرع به، والضرورة تدعو إلى ضمان الدرك لما للناس من حاجة ماسة إلى التوثق في أموالهم، وقد لا يوثق بذمة البائع لهوانها فاحتيج إلى التوثيق عليه بغيره. والوثائق ثلاث: الشهادة، والرهن، والضمان.

والشهادة: إنما تفيد التوثيق من ذمته لا غير، فلم تؤثر في هذا المقصود.

والرهن: فيه استدامة ضرر لاحتباسه إلى مدة لا يعلم غايتها، وأن البائع لا يصل إلى غرضه من الثمن إذا أعطاه رهانه، وهذا الضرر زائل عن الضمان، والتوثق المقصود حاصل به، فدل على صحته وجوازه. ولا يكون ضماناً موقوفاً كما قال أبو العباس، لأن المبيع إن كان مستحقاً حين العقد فالضمان جائز، وإن كان غير مستحق فلا ضمان، فلم يتردد بين حال نظراً فيصير موقوفاً، ولا يكون ضماناً مجهولاً لأن الثمن معلوم، ولا يكون استحقاق بعضه مفضياً إلى جهالته، كما يكون ضمانه ألفاً إذا قامت للمضمون عنه بينة بأداء بعضه، فسقوط الضمان فيه مفضٍ إلى جهالته.

فصل: فإذا ثبت أن ضمان الدرك جائز، فهو موجب لغرم الثمن عند استحقاق المبيع. وروي عن شريح وسوار بن عبد الله وعثمان البتِّي: أن ضمان الدرك موجب لتخليص المبيع ما كان موجوداً، إلا أن يتلف فيغرم مثله، ولو كان المبيع داراً أو عقاراً.

وحكي عن عبيد الله بن الحسن العنبري: أن ضامن الدرك إن كان عالماً بالاستحقاق عند ضمانه لزمه تخليص المبيع. وإن لم يعلم به غرم ثمنه. وكلا المذهبين فاسد لأمرين:

أحدهما: أن استحقاق المبيع موجب لفساد العقد، وفساده بمنع من استحقاق ما تضمنه، وإنما يوجب الرجوع بالمدفوع.

والثاني: أن تخليص المستحق غير ممكن عند امتناع المستحق، فلم ينصرف الضمان إليه.

فصل: فأما إن ضمن له خلاص المبيع، فقد ذهب أهل العراق إلى جوازه، ووهم بعض أصحابنا فقال به تعلقاً بقول الشافعي: ولو ضمن له عهدة داره وخلاصها. وهذا خطأ عليه في التأويل، لأن مراده بالخلاص إنما هو خلاص ما يجب بالاستحقاق من الثمن؛ ألا تراه قال: فالثمن على الضامن؟ وإنما بطل ضمان خلاصها لما ذكرنا من المعنيين.

فصل: فإذا ثبت أن ضمان الدرك موجب لغرم الثمن، فالمشتري يستحق الرجوع بالثمن على البائع من ثلاثة أوجه: الاستحقاق، والإقالة، والرد بالعيب.

فأما الاستحقاق بكون المبيع مغصوباً، فوجب الرجوع بالثمن على ضامن الدرك، والمشتري مخيَّر بين الرجوع على الضامن أو البائع.

وأما الإقالة، فيرجع المشتري بالثمن فيها على البائع دون ضامن الدرك، لأن الرجوع بالثمن فيها مستحق بتراضيهما، فلم يضطر المشتري إلى استدراك حقه بضمان الدرك.

وأما الفسخ بالعيب، ففي الرجوع بالثمن على ضامن الدرك وجهان:

أحدهما: أنه يرجع به على ضامن الدرك، لأنه يرجع به جبراً من غير تراض، فصار كالاستحقاق.

والوجه الثاني: لا يرجع به على صاحب الدرك، لأن رده واستحقاق ثمنه عن رضى عنه واختيار كالإقالة. وهكذا الرجوع بأرش العيب على ضامن الدرك على هذين الوجهين، كأنه في مقابلة جزء من الثمن.

فصل: فأما استحقاق بعض المبيع فموجب لبطلان البيع فيه، وفي بطلانه في باقيه قولان من تفريق الصفقة:

أحدهما: باطل في الجميع. فعلى هذا، يرجع بجميع الثمن على ضامن الدرك.

والثاني: باطل في المستحق صحيح في الباقي. فعلى هذا، يكون استحقاق بعضه عيباً في باقيه، فيكون بالخيار فيه. فإن أقام عليه رجع بثمن القدر المستحق على ضامن الدرك، وإن فسخه رجع عليه بثمن المستحق، وهل يرجع عليه بثمن ما فسخ فيه البيع من باقيه؟ على ما ذكرناه من الوجهين:

فصل: وإذا ابتاع الرجل أرضاً فبنى فيها وغرس، ثم استحقت منه، فقد اختلف الناس في حكم غرس المشتري وبنائه:

فقال أهل العراق: للمشتري أن يرجع بقيمته قائماً على البائع، ويكون المستحق مخيَّراً بين أخذ الغرس من البائع وقيمته مقلوعاً، وبين إجباره على قلعه.

وقال أهل المدينة: إن كان المشتري جاهلاً بالغصب عند غرسه وبنائه، كان المشتري مخيراً بين أن يعطيه قيمة ذلك قائماً، أو يقره فيكون شريكاً له في الغرس والبناء. وإن كان عالماً، أخذ بالقلع لأنه تعدى على البائع في الحالين.

ومذهب الشافعي رضي الله عنه: أن المشتري مأخوذ بقلع غرسه وبنائه وغرم ما نقص من قيمة الأرض بقلعه، عالماً بالحال أو جاهلاً؛ ثم له إن كان جاهلاً بالحال أن يرجع على البائع بما بين قيمة غرسه وبنائه قائماً ومقلوعاً، وبما غرم من نقص الأرض بالقلع؛ لأنه قد ألجأه بالغرور إلى التزام ذلك، ولا رجوع له بشيء منه إن كان عالماً. وهذا أصح المذاهب إطراداً وأقواها حجاجاً ثم لا رجوع للمشتري بشيء من ذلك على ضامن الدرك بحال، لأنه رجوع بغرم وجب بالغرور، وليس بثمنٍ مستحق العقد.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَقَرَّ أَعْجَمِيٌّ بِالأَعْجَمِيَّةِ كَانَ كَالإِقْرَارِ بِالعَرَبِيَّةِ)[١].

قال الماوردي: وهذا صحيح لقوله تعالى: ﴿واختلاف ألسنتكم وألوانكم﴾[٢]، ولأن الكلام موضوع ليبين المتكلم به عن غرضه، فاستوى فيه كل كلام فهم عن قائله. ولأنه لما كان إيمان الأعجمي بلسانه كالعربي، اقتضى أن يكون إقراره بلسانه كالعربي.

فإذا ثبت هذا، فسواء أقر بالأعجمية وهو يحسن العربية أم لا في لزوم إقراره له، وهكذا العربي إذا أقر بالأعجمية لزمه إقراره. فأما العربي الذي لا يحسن بالأعجمية إذا أقر بالأعجمية أنه يسأل: هل قصد ما تكلم به أم لا؟.

فإن قال: أعرفه، لزمه إقراره. وإن قال: لست أعرفه وإنما جرى لساني به، قبل منه ولم يلزمه. وهكذا الأعجمي إذا أقر بالعربية سئل: فإن قال: عرفت معنى ما تكلمت به، لزمه. وإن لم يعرفه، لم يلزمه. والله أعلم.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٤.

(٢) الروم: ٢٢.

فصل: وإذا ثبت أن الإقرار بالأعجمية لازم، لم يخل حال الحاكم المقر عنده من أن يكون عارفاً بلسانه أم لا: فإذا كان عارفاً به، اكتفى بمعرفته. وإن لم يعرفه، احتاج إلى ترجمان يترجم له ما تكلم به، واختلفوا في عدده.

فقال أبو حنيفة: يجزىء ترجمان واحد، وأجراه مجرى الخبر.

قال الشافعي: لا يجزىء أقل من ترجمانين اعتباراً بالشهادة، لما في الترجمة من إثبات لما لم يعلمه ليجبر على الحكم، وخالف معنى الخبر الذي يستوي فيه المُخْبِرُ والمُخْبَرُ.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ الله: (وَلَوْ شَهِدُوا عَلَى إِقْرَارِهِ وَلَمْ يَقُولُوا بصحة العقل، فهو على الصحّة حتى يعلم غيرها)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. والأولى بالشهود إذا شهدوا على إقراره عند الحاكم ولم يستوفوا الشهادة بما ينفي عنها الاحتمال، فيقولون: اشهدنا وهو صحيح العقل جائز التصرف. فإن أطلقوا الشهادة فلم يذكروا فيها صحة العقل وجواز الأمر، جاز للحاكم أن يحكم بها ما لم يعلم خلافها.

وقال ابن أبي ليلى: لا يجوز له الحكم بها، لاحتمال أن يكون المشهود عليه مجنوناً أو مكرهاً. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن الحكم يتعلق بالأغلب من ظاهر الحال، والأغلب السلامة والصحة.

والثاني: أن الظاهر من حال الشهود أنهم لا يؤدون ما تحملوا إلا عند وجوب إثباته ولزوم الحكم به، غير أن الأولى بالحاكم في مثل هذه الحال أن يأمر الشهود بإكمال الشهادة من غير تلقين لهم، ليزول الخلاف وينتفي الاحتمال. وإن جاز أن يقتصر على الحكم بها.

فإن ادعى المشهود عليه الجنون عند الإشهاد عليه، لم يقبل دعواه، وحكم عليه بالصحة حتى يعلم خلافها، لأنها أصل والجنون عارض.

ولو ادعى الإكراه، قال أبو حامد الإسفراييني: يقبل قوله. وفرّق بين الجنون والإكراه، لأن أحكام المكره مختلف فيها، وأحكام المجنون متفق عليها.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٤.

وهذا عندي ليس بصحيح، لأن ما احتملته الشهادة من معاني الرد فهو مانع من قبولها، كالجهالة بالعدالة. وفي إنفاذ الحكم بها مانع من احتمال الإكراه، كما في إنفاذه مانع من احتمال الجنون. ولو فرق بينهما بأن فقد العقل أظهر، لكان أعذر، وإن لم يكن في الحالين عذر.

فصل: وإذا قال: لفلان في هذه الدار حق، وأخذه الحاكم بالبيان فقال: هو باب، أو جذع، أو قماش، أو إجارة سنة، قبل قوله في ذلك كله.

وقال أبو حنيفة: لا أقبل ذلك منه حتى يبيِّن حقاً في الشركة كما لو قال: له في هذه الدار سهم.

وهذا ليس بصحيح، لوضوح الفرق بينهما، لأن المبهم شائع، والحق متميز.

فصل: ولو قال: لفلانٍ عليَّ ألف إلا مئة قضيته إياها، قال أبو حنيفة: يكون مقراً بالألف، مدعياً لقضاء مائة، فألزمه الألف، ولا أقبل منه دعوى القضاء. فجعل الاستثناء متوجهاً إلى القضاء دون المقضي.

وعلى مذهب الشافعي: يكون استثناءً صحيحاً يرجع إلى المقضي دون القضاء وصفاً وسبباً لصحته. ولو أمسك عنه وعدم ما ذكره، منع منه، فيصير مقراً بتسعمائة قد ادعى قضاءها، والله أعلم.

بَابُ إِقْرَارِ الوَارِثِ لِلوَارِثِ[١]

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (الَّذِي أَحْفَظُ مِنْ قَوْلِ المَدَنِيِّينَ فِيمَنْ تَرَكَ ابْنَيْنِ فَأَقَرَّ أَحَدَهُمَا بِأَخٍ، أَنَّ نَسَبَهُ لاَ يَلْحَقُ، وَلاَ يَأْخُذُ شَيْئاً، لأَنَّهُ أَقَرَّ لَهُ بِمَعْنَى إِذَا ثَبَتَ وَرِثَ وَوَرَّثَ، فَلَمَّا لَمْ يَثْبُتْ بِذَلِكَ عَلَيْهِ حَتَّى لَمْ يَثْبُتْ لَهُ، وَهَذَا أَصَحُّ مَا قِيلَ عِنْدَنَا وَاللَّهُ أَعْلَمُ. إلى آخر الفصل)[٢].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا مات رجل وترك ابنين، فادعى ثالث أنه ابن الميت وأخو الإبنين، فلصحة دعواه شرطان إن لم يوجدا بطلت:

أحد الشرطين: أن يكون مثله يجوز أن يولد لمثل الميت، بأن يكون بين سنيهما زمان أقله عشر سنين فصاعداً، لأنه لا يجوز أن يولد لمن له أقل من عشر سنين. فإن كان بينهما أقل من عشر سنين، فدعواه مردودة لاستحالتها.

والشرط الثاني: أن يكون المدعي مجهول النسب ليصحَّ أن يلحق نسبه بمن يدعيه، فإن كان معروف النسب فدعواه مردودة لبطلانها.

فإذا اجتمع الشرطان صحت الدعوى وسمعت على الإبنين، ولا يخلو حال الإبنين في جواز الدعوى من ثلاثة أحوال:

إما أن يقرا به، أو ينكراه، أو يقر به أحدهما وينكره الآخر.

فإن أقرَّا به ثبت نسبه، وشاركهما في الإرث، ونحن نذكر الخلاف فيه من بعد.

وإن أنكراه، فإن كان للمدعي بينة سمعت، وهي إن كانت على إقرار الميت عدلان لا غير، وإن كانت ولادته على فراشه، فعدلان أو أربع نسوة يشهدن أنه ولد على فراشه، ثم

---

(١) في مختصر المزني: إقرار الوارث بوارث.

(٢) مختصر المزني: ص ١١٤. وتتمة الفصل: «وذلك مثل أن يقرّ أنه باع داراً من رجلٍ بألفٍ، فجحد المقرّ له البيع، فلم يعطه الدار، وإن أقرّ صاحبها له، وذلك أنه لم يقل إنها ملك له، إلا ومملوك عليه بها شيء، فلما سقط أن يكون مملوكاً عليه، سقط الإقرار له».

يحكم له بثبوت النسب واستحقاق الإرث. فإن مات المدعي لم يستحق الإبنان إرثه ما أقاما على الإنكار، فإن رجعا عنه إلى الاعتراف به ورثاه.

وإن لم يكن للمدعي بينة، أحلف الإبنان على إنكار نسبه على العلم دون البت. فإن حلفا فهو مدفوع النسب عنهما، وإن نكلا ردت اليمين عليه. فإن حلف فيمينه على البت دون العلم، لأنها يمين إثبات، وثبت نسبه واستحق الإرث. وإن نكل، فهو مدفوع النسب عنهما.

ولو كان أحدهما قد حلف ونكل الآخر، لم ترد يمينه على المدعي لأنه لا يثبت بها نسب، ولا يستحق بها إرث.

فصل: وأما إن أقر به أحد الإبنين وأنكره الآخر، فهي مسألة الكتاب: فيستحق إحلاف المنكر، ولا يثبت نسبه إجماعاً ما لم يكن من المنكر نكول. واختلفوا: هل يستحق مشاركة المقر في الميراث؟

فقال مالك وأبو حنيفة: يستحق مشاركته، ثم اختلفا في قدر ما يستحقه منه:

فقال أبو حنيفة: يستحق نصفه، وقال مالك: يستحق ثلثه، ومذهب الشافعي وهو قول الأكثر من فقهاء المدينة: أن المقر به لا يستحق من ميراث المقر شيئاً.

وأراد الشافعي بقوله: «والذي أحفظ من قول المدنيين» من تقدم مالكاً من الفقهاء، لأنه عاصر مالكاً فرد قوله وبين أنه خالف من قبله.

واستدل من جعل المقر به وارثاً وإن لم يكن نسبه ثابتاً: بأن الإقرار تضمن شيئين: نسباً، وإرثاً. فإذا رد إقراره بالنسب لأنه مقر به على غيره، لم يوجب رد إقراره بالميراث لأنه مقر به على نفسه. والأصول تشيد لصحته. ألا ترى لو قال لعبده: بعتك نفسك بألف وأنكر العبد، لم يقبل قوله على العبد بادعاء الألف عليه، ولزمه إقراره على نفسه في وقوع العتق. ولو قال لزوجته: خالعتك على ألف وأنكرت، لم يقبل قوله على زوجته في استحقاق الألف، ولزمه إقراره على نفسه في وقوع الطلاق.

ولو قال لها: أنت أختي من الرضاعة، لم يقبل قوله عليها في سقوط المهر، ولزمه إقراره على نفسه بالتحريم.

ولو ادعى بيع شقص من دار على رجل أنكره، لم يقبل قوله عليه في ادعاء الثمن، ولزمه إقراره على نفسه في تسليم الشقص بالشفعة.

قالوا: فكانت شواهد الأصول توجب قياساً على ما وصفنا من استحقاقه الإرث مع انتفاء النسب.

وتحرير ذلك قياساً: أنه إقرار يفضي إلى ثبوت حقين يختص بأحدهما، فجاز إذا انتفى ما يختص بغيره أن يلزمه ما اختص بنفسه، كالشواهد المذكورة.

قالوا: ولأن الإقرار بالنسب قد يوجب أحكاماً ثلاثة:

منها: العتق.

ومنها: التحريم.

ومنها: الميراث.

ثم كان العتق والتحريم قد يثبتان مع انتفاء موجبهما من النسب، حتى لو أقر أحدهما بأخوة عبد تركه أبوه عتق، وإن لم يثبت إقراره بنسبه. ومن أقر بأخوة امرأة أنكرته حرمت عليه، وإن لم يثبت نسبياً وجب أن يكون الميراث بمثابتهما في استحقاقه، مع انتفاء موجبه من النسب. ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أن ما أوجبه ثبوت النسب جاز أن يثبت مع انتفائه، كالعتق والتحريم.

والثاني: أن ما أوجب عتق النسب وتحريمه، أوجب إرثه كالنسب.

قالوا: ولأن الإرث قد يستحق بنسب وسبب، فلما كان اعتراف أحدهما بالزوجية يوجب إرثها من حقه وإن لم تثبت الزوجية، وجب أن يكون اعترافه بالنسب يوجب إرثه من حقه وإن لم يثبت النسب.

ويتحرر من هذا الاعتلال قياسان:

أحدهما: أن ما أوجب الإرث مع ثبوته جاز أن يوجبه مع عدم ثبوته كالزوجية.

والثاني: أنه إقرار أوجب الإرث بالزوجية، فاقتضى أن يوجب الإرث بالنسب كإقرارهما.

قالوا: ولأن التركة قد تستحق بسببين: إرث، ودين. فلما كان إقرار أحدهما بالدين يوجب عليه التزام حصته، وجب أن يكون إقراره بالإرث يوجب عليه التزام حصته.

وتحريره قياساً: أن كل من استحقت به التركة جاز أن يثبت إقرار أحدهما بالدين.

فصل: ودليلنا على ذلك من سبعة أوجه:

أحدها: قوله تعالى: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾[1]. فأثبت الميراث للإبن، فإذا لم تثبت البنوة لم يثبت الميراث.

والدليل الثاني: أن النسب يوجب التوارث المتناسبين فيرث به ويورث، فلما لم يرث بهذا الإقرار لم يجز أن يورث به. ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنه إرث مستحق بنسب، فوجب أن ينتفي مع انتفاء النسب كإرث المقر.

والثاني: أنه إقرار بنسب يمنع من أن يستحق به إرثاً، فوجب أن يمنع من أن يلتزم به إرثاً، كالإقرار بمعروف النسب.

والدليل الثالث: أن ثبوت النسب بالإقرار قد يمتنع تارة من جهة المقر إذا لم يكمل عدد جميع الورثة، وتارة من جهة المقر به إذا أنكر الإقرار، فلما كان انتفاء النسب بإنكار المقر به يمنع من استحقاق الإرث وإن طلبه، وجب أن يكون انتفاء النسب بعدم اجتماع الورثة يمنع من استحقاق الإرث وإن طلبه.

ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنه إقرار مفرد، يعتبر إقراره بغيره فوجب أن يسقط حكمه كإقرار المدَّعي وحده.

والثاني: أنه إقرار لم يثبت فيه نسب فوجب أن لا يستحق به إرث كالإقرار بمنكر.

والدليل الرابع: أن اختصاص المقر بإقراره أولى من تعديه إلى غيره، فلما لم يستحق بهذا الإقرار ميراث المقر لو مات، فأولى أن لا يستحق بما ورثه المقر. ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أنه إقرار يسقط حكمه في المقر، فأولى أن يسقط حكمه في غير المقر، كإقرار الصغير.

---

(١) سورة النساء، الآية: ١١.

والثاني: أنه إقرار رد في النسب فوجب أن يرد في الإرث قياساً على الإرث من تركة المقر.

والدليل الخامس: إن لصحة الإقرار ولزومه حكمين:

أقواهما: ثبوت النسب الذي هو أصل.

وأضعفهما: استحقاق الميراث الذي هو فرع. لأن النسب قد ثبت مع عدم الميراث، ولا ينتفي النسب ويكمل الميراث، فلما انتفى ثبوت النسب عن هذا الإقرار، فأولى أن ينتفي عنه ثبوت الميراث. ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أنه أحد حكمي إقرارهما، فوجب أن لا يثبت بإقرار أحدهما، كالنسب.

والثاني: أن ما منع النسب منع الإرث، كالسن إذا استوى فيها الميت والمدعي.

والدليل السادس: أن الميراث مستحق بالإقرار تارة وبالبينة أخرى، فلما كانت شهادة أحد الشاهدين يمنع من استحقاق الميراث بشهادته، وجب أن يكون إقرار أحد الوارثين يمنع من استحقاق الميراث بإقراره.

وتحريره: أن كل شخصين استحق الميراث بقولهما، لم يجز أن يستحق بقول أحدهما، كالشاهدين.

والدليل السابع: أنه مال يقتضي ثبوته ثبوت سببه، فلم يجز إثباته إلا بإثبات سببه.

أصله: أنه إذا أقر أنه اشترى عبد زيد بألف وأنكر، لم نقض عليه بالألف.

فأما الجواب عن استدلالهم الأول بأنه إقرار تضمن شيئين فلزم فيما عليه، ورد فيما له، فبطلانه بالمعروف النسب، لأنه لم يميِّز أحدهما عن الآخر في مجهول النسب ليميز في المعروف النسب، لكان يستحق الميراث، وإن كان منكر النسب، لكان لا يقتضي قسمته على المواريث المستحقة بالنسب، وفي كل هذا دليل على اتصاله بالنسب وعدم انفصاله عنه.

ثم نجيب عن كل أصل جعلوه شاهداً. أما قوله لعبده: «بعتك نفسك» ولزوجته: «خالعتك» فإنما لزمه عتق عبده وطلاق زوجته، لأن العتق والطلاق ينفرد عن استحقاق العوض، والميراث لا ينفرد عن ثبوت النسب.

وأمَّا قوله لزوجته: أنت أختي من الرضاعة، فإنما وقعت به الفرقة ولزمه التحريم،

لأنه لم يدع لنفسه في مقابلة ذلك حقاً ثبت لثبوته، فلذلك لزمه. وفي إقراره بالنسب قد ادعى لنفسه بذلك حقاً، لأن الناس يورثون من حيث يرثون، فلما لم يرث لم يورث.

وأما مدعي البيع في استحقاق الشفعة عليه، فقد اختلف أصحابنا على ما سنذكر شرحه:

فمنهم من قال: لا شفعة. فعلى هذا، يسقط الاستدلال به.

ومنهم من أوجب الشفعة، وهو ظاهر قول الشافعي. فعلى هذا، الفرق بينهما أن ما ادعاه البائع من الثمن على المشتري قد حصل له من جهة الشفيع، فلزمه التسليم لحصول ما ادعاه من الثمن، ولم يحصل للمقر بالنسب ميراث المدعي، فلم يثبت إقراره للمدعي حقاً.

وأما الجواب عن استدلالهم الثاني، بأن ما أوجب النسب من العتق والتحريم قد يثبت مع انتفاء النسب فكذلك الميراث من وجهين:

أحدهما: أنه لما جاز أن يقع العتق والتحريم من غير جهة النسب، جاز أن يثبت وإن لم يثبت النسب. ولما إن لم يجز أن يستحق الميراث بغير النسب، لم يجز أن يثبت إذا لم يثبت النسب.

والثاني: أنه في إقراره بالعتق لا يدّعي لنفسه في مقابلة ذلك حقاً فلزمه، وفي الميراث يدعى لنفسه في مقابلة ذلك ميراثاً لم يحصل له، فلم يلزمه.

وأما الجواب عن استدلالهم الثالث في الإقرار بالزوجية، فلأصحابنا في الزوجية إذا أقر بها بعض الورثة وجهان:

أحدهما: لا يستحق عليه إرثاً. فعلى هذا، يستوي الإقرار بالنسب والزوجية. فيسقط الاستدلال.

والثاني: أنها يستحق به على المقر إرثاً. فعلى هذا، الفرق بين الزوجية والنسب من وجهين:

أحدهما: أن الزوجة ترث بعد ارتفاع الزوجية بالموت، فجاز أن ترث مع عدم ثبوت الزوجية، والمناسب لا يرتفع نسبه بالموت، فلم يجز أن يرث مع عدم النسب.

والثاني: أنه في الإقرار بالزوجية لا يدعي لنفسه في مقابلة إقراره بميراثها ميراثاً لنفسه منها، فلزمه إقراره، والمناسب بخلافه.

وأما الجواب عن استدلالهم الرابع في الدين في لزوم المقر، فسقط منه في الوجهين الماضيين:

أحدهما: أنه ينفرد عن النسب.

والثاني: أنه لا يراعى لنفسه في مقابلته حقاً.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا من بطلان الإرث لبطلان النسب، وأن المقر لا يجبر على دفع شيء من سهمه الذي ورثه، فقد اختلف أصحابنا: هل يلزمه فيما بينه وبين الله تعالى إذا علم صدق المدعي أن يدفع إليه من سهمه الذي ورثه قدر حقه منه، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يلزمه الحكم بإبطال النسب الذي هو سبب استحقاقه.

والثاني: يلزمه، لأن بطلان النسب في ظاهر الحكم دون باطنه، ونحن نلزمه في باطن الحكم دون ظاهره. فعلى هذا، اختلفوا في قدره على ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يلزمه دفع الفاضل من سهمه إذا اشتركوا، وهو السدس الزائد على الثلث.

والوجه الثاني: أنه يدفع إليه نصف ما في يده لأنه مقر أنه وإياه في مال أبيه سواء.

والوجه الثالث: يعطيه ثلث ما بقي في يده، ويضمن له سدساً في يد أخيه، إلا أن يكون قاسمه بحكم حاكمٍ، فلا يضمن مما في يد أخيه شيئاً. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ أَقَرَّ جَمِيعُ الوَرَثَةِ بنسبه وَوَرِثَ وَوَرَّثَ، وَاحْتَجَّ بِحَدِيثِ النَّبِيِّ ﷺ فِي ابْنِ وَلِيدَةِ زَمْعَةَ وَقَالَ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ بْنَ زَمْعَةَ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ»)**[١].

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٤ والحديث لعائشة. أخرجه مالك من طريق ابن شهاب، عن عروة بن الزبير، عن عائشة: كان عتبة بن أبي وقاص، عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة مني، فاقبضه إليك. فلما كان عام الفتح، أخذه سعد بن أبي وقاص، فقال: ابن أخي، قد كان عهد إليَّ فيه، فقام إليه عبدُ بن زمعة فقال: أخي وابن وليدة أبي، ولد على فراشه، فأتيا رسول الله ﷺ... «وساق الحديث». أخرجه مالك في الموطأ ٢/ ٧٣٩ والبخاري في البيوع (٢٠٥٣) والوصايا (٢٧٤٥) والمغازي (٤٣٠٣) والفرائض (٦٧٤٩) والأحكام (٧١٨٢). والبيهقي ٧/ ٤١٢ وأحمد ٢/ ٢٤٦ والبغوي (٢٣٧٨). والحديث من طريق الليث، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة. ومن طريق سفيان. عن الزهري عند البخاري (٢٢١٨) و(٢٤٢١) =

قال الماوردي: قد ذكرنا أن إقرار الوارثين بمدعي البنوة يوجب ثبوت نسبه. وهكذا لو كانوا جماعة وأقروا، أو كان واحداً وأقر، لأن المراعى إقرار من يجوز الميراث.

وقال مالك: لا يثبت النسب بإقرار الورثة، وإنما يستحق به الميراث.

وقال أبو حنيفة: إن كان الوارث واحداً لم يثبت بإقراره النسب، وإن كانوا عدداً أقلهم اثنان، ثبت النسب بإقرارهم، لا من طريق الشهادة لأنه لا تعتبر فيها العدالة.

واستدل من منع لحوق النسب بإقرار الورثة، بما روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «لَا مَسَاعَةَ فِي الإِسْلَامِ»[1] يعني: السعي إلى أدعياء النسب.

وعن عمر رضي الله عنه: «أنه كان لا يورث الحميل»[2] وهو الذي يحمل نسبه على غير مقر به، والميت غير مقر وإن أقرّ وارثه.

قالوا: ولأن ثبوت النسب في مقابلة نفيه، فلما لم ينتف النسب بنفي الوارث ولعانه، لم ينتف بتصديقه وإقراره. ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أنه أحد حالي النسب، فلم يملكه الوارث كالنفي.

والثاني: أن من لم يملك نفي النسب لم يملك إثباته كالأجانب.

= و(٢٥٣٣) و(٦٧٦٥) ومسلم في الرضاع (١٤٥٧) والشافعي في مسنده ٢/ ٣٠ وأبو داود (٢٢٧٣) والنسائي ٦/ ١٨٠ وأحمد ٦/ ٣٧ والبيهقي ٦/ ٨٦ و٧/ ٤١٢.

والولد للفراش: أي للزوج وهو مالكه، والمولى. والمرأة هي فراش الرجل.

والعاهر: الزاني. فلا حظ للزاني في الولد، وإنما هو لصاحب الفراش، أي لصاحب أم الولد.

وعبد بن زمعة: هو ابن قيس العامري، أسلم يوم الفتح، وهو أخو سودة بنت زمعة أم المؤمنين، ومن سادات الصحابة كما قال ابن عبد البرّ في التمهيد.

(١) حديث ابن عباس: لا مساعاة في الإسلام، من ساعى في الجاهلية فقد لحق بعصبته، ومن ادّعى ولداً من غير رِشْدةٍ فلا يرثُ ولا يُورَثُ. أخرجه أبو داود في الطلاق (٢٢٦٤). والحاكم ٤/ ٣٤٢ على شرط الشيخين. وتعقبه الذهبي فقال: لعله موضوع، فإن ابن الحصين تركوه. وأحمد ١/ ٣٦٢.

(٢) الأثر عن عمر: أخرجه سعيد بن منصور في سننه (٢٥٢) بلفظ: أن عمر بن الخطاب كتبت إلى شريح: «لا تورثوا حميلاً إلا ببيِّنة» وفي (٢٥٣) من طريق ابن المسيب عن عمر. والدارمي ٢/ ٣٨٧.

والحميل: هو الذي يحمل من بلاده صغيراً إلى بلاد الإسلام. وقيل: هو المحمول النسب، بأن يقول رجل لآخر: هو ابني أو أخي، فلا يصدّق إلا ببيِّنة. وستأتي المسألة في الفرائض.

قالوا: ولأن «الولاء لحمة كلحمة النسب»[١] فلما لم يكن للورثة إلحاق ولاء بالميت بعتقهم، لم يكن لهم أن يلحقوا به نسباً بإقرارهم. ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أنه أحد اللحمتين، فلم يكن للورثة إثباته كالولاء.

والثاني: أن من لم يكن له إثبات الولاء، لم يكن له إثبات النسب كالأوصياء.

والدليل على ما قلناه من ثبوت النسب بإقرارهم من خمسة أوجه:

أحدهما: ما رواه سفيان عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: اختصم سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة إلى رسول الله ﷺ في ابن أمة زمعة، فقال سعد: عهد إليَّ أخي في ابن وليدة زمعة أن أقبضه، فإنه ابنه، وقال عبد بن زمعة: أخي وابن وليدة أبي على فراشه، فقال النبي ﷺ: «**هُوَ لَكَ يَا عَبْدَ بنَ زَمْعَةَ، الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**»[٢] فألحق النبي ﷺ الولد بعبد بن زمعة باعتراف أبيه وجعله أخاه. فاعترضوا على هذا الحديث من أربعة أوجه:

أحدها: أن قالوا: إن النبي ﷺ إنما جعله عبداً لعبد ولم يجعله أخاه، وروي أنه قال: «هُوَ لَكَ عبد». فعن هذا جوابان:

أحدهما: أن مسدداً روى عن سفيان أن النبي ﷺ قال: «**هُوَ أَخُوكَ يَا عَبْدُ**».

والثاني: أن عبد بن زمعة قد أقر بحريته وولادته حراً على فراش أبيه، فلم يجز بعد اعترافه بحريته أن يحكم له برقِّه.

وما رووه من قوله: «هُوَ لَكَ عَبْدٌ» فإنما أشار إليه بالقول اختصاراً بحذف النداء كقوله تعالى: ﴿**يُوسُفُ أَعْرِضْ عَنْ هَذَا**﴾[٣].

والاعتراض الثاني عليه: إن قالوا: إنما ألحقه بالفراش لا بالإقرار، وبين ذلك بقوله «**الوَلَدُ لِلفِرَاش**».

---

(١) حديث ابن عمر: «الولاء كلحمة النسب، لا يباع ولا يوهب» أخرجه الشافعي في مسنده: ٢/ ٧٢ ـ ٧٣ والبيهقي ١٠/ ٢٩٢. والحاكم ٤/ ٣٤١. وقال البيهقي: إنما رواه الحسن مرسلاً، ثم ذكره بإسناد صحيح عن الحسن البصري. وأخرجه عبد الرزاق (١٦١٤٩) وسعيد بن منصور (٢٨٤) عن ابن المسيب موقوفاً، وقال ابن حجر في الفتح ١٢/ ٤٤ والمحفوظ ما أخرجه عبد الرزاق.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سورة يوسف، الآية: ٢٩.

والجواب عنه: أنه قد أثبت الفراش بإقراره، وإقراره بالفراش إقرار بالنسب، لثبوت النسب بثبوت الفراش، فلم يكن فرق بين الإقرار بالفراش الموجب لثبوت النسب وبين الإقرار بالنسب الدال على ثبوت الفراش.

والاعتراض الثالث عليه: أن قالوا: لا دليل لكم فيه، لأن عبداً هو أحد الوارثين، وسودة زوجة النبي ﷺ أخته، ولم تكن منها دعوى له ولا إقرار به ولا دعوى له، وإقرار أحد الورثة لا يوجب بالإجماع ثبوت النسب. وعنه جوابان:

أحدهما: أن عبداً هو وارث أبيه وحده، لأن سودة كانت قد أسلمت قبل موت أبيها وكان عبد على كفره، فكان هو الوارث لأبيه الكافر دون أخته المسلمة. ألا ترى إلى ما روي عنه أنه قال: «أسلمَتْ أختي سودة فحملتُها، وليتني أسلمتُ يومَ أسلمت».

والثاني: أن سودة قد كانت معترفة به واستنابت أخاها في الدعوى، لأن النساء من عادتهنّ الاستنابة، ألا ترى أن النبي ﷺ أمرها بالاحتجاب منه[1] فلولا أنها كانت معترفة به كانت مقيمة على الاحتجاب الأول.

والاعتراض الرابع عليه: أن قالوا: أمره ﷺ لسودة بالاحتجاب منه دليل على أنها ليست أختاً له. وعنه جوابان:

أحدهما: لقوة الشبه الذي رأى فيه من عتقه، أمرها بالاحتجاب. أما كراهة أن يكون في نفسها نزاع من قضائه، وأما استظهار لما تتخوفه باطناً من فساد أصابه.

والثاني: أن للزوج منع زوجته من الظهور لأخيها وأهلها، فلم يكن في المنع دليل على اختلاف النسب.

والدليل الثاني من المسألة: ما روى سليمان بن موسى عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: «أن النبي ﷺ قَضَى أَنَّ كُلَّ مُسْتَلْحَق اسْتُلْحِقَ بَعْدَ أَبِيهِ فَقَدْ لَحِقَ بِمَنِ اسْتَلْحَقَهُ». وهذا نص عام في موضع الخلاف.

والدليل الثالث: أن الورثة يحلفون مورثهم في حقوقه إثباتاً كالحجج والبينات، وقبضاً كالدين والقصاص، والنسب حق له إثباته حياً، فكان للورثة إثباته ميتاً. ويتحرر منه قياسان:

---

(١) وهو في حديث عائشة: سبق تخريجه.

أحدهما: أن مالك المورث إثباته من حقوقه ملك الورثة إثباته بعد موته، كالدين، والقصاص.

والثاني: أن من ملك إثبات الحقوق، ملك إثبات الأنساب كالموروث.

والدليل الرابع: أن الإقرار بالنسب يتعلق به حكمان: ثبوته، وإرثه. فلما استحق الإرث بإقرارهم، ثبت النسب بإقرارهم، ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أن من ثبت الميراث بإقراره، ثبت النسب بإقراره كالموروث.

والثاني: أن ما لزم من حقوق النسب بإقرار الموروث، لزم بإقرار الوارث كالميراث.

والدليل الخامس: أن إقرار الورثة بالحق أقوى ثبوتاً من الشهادة بالحق، فلما ثبت النسب بالشهادة فأولى أن يثبت بإقرار الورثة. ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أن ما صح ثبوته بالشهادة، فأولى أن يصح ثبوته بإقرار الورثة كسائر الحقوق.

والثاني: أن ما صح أن يثبت بالحقوق، صح أن يثبت به الأنساب كالشهادة والله أعلم.

فأما الجواب عن قوله: «ولا مسَاعَاةَ فِي الإِسْلاَم» فوارد باستلحاق الأنساب بالزنى، لأن تمام الخبر دال عليه، وهو قوله: لا مساعاة في الإسلام، ومن ساعاه في الجاهلية فقد لحقه بعصبته، ومن دعا ولداً من غير رشد فلا يرث ولا يورث.

وأما الجواب عما روي عن عمر رضي الله عنه: أنه كان لا يورث الحميل، فمن وجهين:

أحدهما: أنه وارد فيمن حمل نسبه على غيره مع إنكار ورثته.

والثاني: أنه وارد في المسبيِّ من دار الشرك إذا أقر بنسب ليرتفع إرث الولاء به.

وأما الجواب عن استدلالهم بنفي النسب، فهذا باطل بالإبن. لو أقر لحق، ولو أراد نفي أب لم يجز؛ فكذا الأخ لو أقر بأخ جاز، ولو نفاه لم يجز.

وأجاب أبو علي الطبري عن ذلك في إفصاحه أن قال: هما سواء، لأن النسب لا

يثبت إلا باجتماعهم ودخول المقرّ به في جملتهم، فكذلك لا ينتفي إلا باجتماعهم ودخول المنفي في جملتهم، فيقول إذا نفوه عن أبيهم: لست بابن أبيكم، تصديقاً لهم، فينتفي.

واختلف أصحابنا فيما أجاب به أبو علي: هل يصحّ في الحكم أو لا؟ فكان أبو حامد الإسفراييني يمنع من صحته فيقول: إن من لحق من لم ينتف عنه باجتماعه مع الورثة على نفيه. وقال غيره: هو في الحكم صحيح، لأنه لما ثبت النسب باتفاق الفريقين، انتفى باتفاق الفريقين.

وأما الجواب عن استدلالهم بالولاء فهو: أنهما سواء، لأنهم أقروا بنسب متقدم، ولو استحدثوه لم يجز، وبطل إلحاقهم بولاء مستحدث، ولو أقروا بولاء متقدم جاز. والله أعلم.

فصل: فإذا صح بما ذكرنا من ثبوت النسب بإقرار الورثة، فالأنساب ضربان:

ضرب: لا يدخل بين المتداعيين له وسيط في لحوقه.

وضرب: يدخل بين المتداعيين وسيط في لحوقه.

فأما الضرب الأول: وهو ما لا يدخل بين متداعييه وسيط في لحوقه، فشيئان:

أحدهما: الإبن في ادعاء البنوة.

والثاني: الأب في ادعاء الأبوة.

لأن لحوق أنسابهما مباشرة لا يتفرع عن أصل يجمع بين النسبين، ولا يدخل بينهما وسيط في لحوق المتداعيين، والأولى في ادعاء مثل هذا النسب أن كان الإبن هو المدعي أن يقول لمن ادعاه أباً: أنا ابنك، ويقول الأب لمن ادعاه ابناً: أنت ابني. لأن النسب يرجع إلى الأب، فأضيفت الدعوى فيه إليه.

فلو قال الإبن: أنت أبي، وقال الأب: أنا أبوك، صحت الدعوى حكماً وإن فسدت اختياراً، لأن في كل واحد من الأبوة والبنوة دليل على الآخر.

وإذا كان كذلك، فلا يخلو: إما أن يكون المدعي هو الأب، أو الإبن:

فإن كان المدعي هو الإبن، فلا تسمح دعواه بعد أن يكون من أهل الدعوى بالبلوغ والعقل إلا بشرطين مضيا:

أحدهما: جهالة النسب.

والثاني: جواز أن يولد مثله لمثله.

وبشرط آخر: في الأب المدعي وهو: العقل الذي يصح معه الإقرار، إلا أن يكون للابن بينة فتسمع دعواه، وإن كان الأب مجنوناً.

فإذا كملت هذه الشرائط الأربع: ثلاثة منها فيه وهو: أن يكون من أهل الدعوى، وأن يكون مجهول النسب، وأن يجوز ولادة مثله لمثله.

ورابع في الأب وهو: أن يكون ممن تصح عليه الدعوى. سمعت حينئذ، وسئل الأب عنها، فإن أنكره فعليه اليمين، فإن حلف الأب على إنكاره أنتفى عنه ولم يكن لأحد من عصبات الأب أن يقر بنسبه، سواء كان الأب حياً أو ميتاً لبطلان النسب بيمين الأب.

وإن اعترف الأب بدعواه وأقر ببنوته، لحق به وصار ولداً له، صحيحاً كان عند الإقرار أو مريضاً، صدقه العصبة والورثة عليه أو لا، سواء كان الإبن ممن يرث باجتماعهما على الحرية والدين أو كان غير وارث لاختلافهما برق أو في دين، حجب الورثة أو لم يحجبهم.

فلو عاد الأب بعد إقراره فأنكره، فإن لم يتابعه الإبن على الإنكار ونفس النسب وأقام على الدعوى، فهو على نسبه في اللحوق به يرثه إن مات، ويرث سائر عصباته.

وإن تابعه الإبن على الإنكار وصدقه على نفي النسب، فإن كان الفراش معروفاً، لم ينتف النسب باجتماعهما على نفيه. وإن كان الفراش مجهولاً، فالنسب ملحقاً بالإقرار المتقدم، ففي رفعه باجتماعهما على نفيه وجهان حكيناهما:

أحدهما: وهو قول أبي علي الطبري وطائفة: ينتفي النسب، وترتفع الأبوة.

والوجه الثاني: وهو وجه أبي حامد الأسفراييني وطائفة: إن النسب على ثبوته لا يرتفع وإن اجتمعا على نفيه، كما لا يجوز ارتفاع ما ثبت بالفراش المعروف وإن اجتمعا على نفيه.

فصل: فإن كان المدعي هو الأب، فلا بد من وجود الشرطين في الولد الذي ادعاه، وهما: جهل نسبه. وجواز يوليه لمثله.

ثم لا بد أن يكون من أهل الدعوى بكمال العقل، ولا فرق بين أن يكون الولد صغيراً

أو كبيراً. فإن كان صغيراً ألحق بمجرد الدعوى، ولا يعتبر في لحوقه تصديق الولد، لأنه لا حكم للصغير في نفسه. فإن بلغ فأنكر، لم يؤثر إنكاره في نفي النسب لما تقدم من الحكم بثبوته.

وإن كان الولد كبيراً لم يثبت نسبهُ ولم يلحق بالمدعي إلا بإقراره، لأن للكبير حكماً في نفسه، فإن أقر له بالبنوة لحق به وتعلقت به أحكام الأبناء، سواء كان الأولاد أنكروا أو لا. وإن أنكروا، فعليه اليمين.

فإن ادعى الأب ولداً بعد موته، فإن كان الولد الميت صغيراً لحق به وورثه، لأنه لو كان حياً لصار بدعواه لاحقاً به، فكذلك بعد موته.

وقال أبو حنيفة: إن كان الولد موسراً لم يلحق به، لأنه متّهم بادعائه لإرثه.

وهذا خطأ، لأن الإقرار بالأنساب لا يؤثر فيها التهمة في الأموال. ألا ترى لو أقرّ وهو زمن فقير بابن صغير موسر لحق به، ولا تكون التهمة في وجوب نفقته في مال الإبن مانعة من صحة إقراره، كذلك في ميراث الميت؟

فأما إن كان الولد الذي ادعاه بعده كبيراً لم يلحق به، لأنه لو كان حياً لم يلحق به لمجرد الدعوى حتى يقر به، فكذا بعد الموت.

فهذا أحد ضربي الأنساب التي لا يتخللها وسيط في لحوقها واتصالها.

فصل: وأما الضرب الثاني من الأنساب وهي التي يتخللها وسيط في لحوقها واتصالها: كالأخوة يصل الأب بين أنسابهم، وكالجد الذي يصل الأب بينه وبين ابن الإبن.

فإن كان الوسيط الواصل بين أنسابهم باقياً، فلا اعتبار بإقرار من سواه. وإن كان ميتاً، اعتبر إقرار جميع ورثته في ثبوت نسب المدعي من عصبته، أو ذي رحم فرض. وهل يعتبر فيه إقرار الزوج والزوجة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو مذهب البغداديين: يعتبر إقرارهما في لحوقه لاستحقاقهما الإرث كالمناسبين.

والوجه الثاني: وهو مذهب البصريين: لا يعتبر إقرارهما في لحوقه، لأنه لاحق لهما في النسب، فلم يعتبروا إقرارهما بالنسب.

وعلى هذين الوجهين، هل يراعى فيمن ادعى أنه أخ لأم تصديق الأخ للأب إذا كان وارثاً؟ وفيمن ادعى أنه أخ لأب، هل يراعى تصديق الأخ للأم إذا كان وارثاً؟

فعلى مذهب البغداديين: يراعى تصديقه في ثبوت النسب لكونه وارثاً. وعلى مذهب البصريين: لا يراعى تصديقه لأنه لا نسب بينهما.

فإذا تقرر هذا، فقد يكون بين أنساب المتداعيين وسيط واحد، وقد يكون بينهما وسيطان، وقد يكون بينهما ثلاثة وسائط، وقد يكون بينهما أكثر، فيستدل على حكمه بما تقدم.

فإن كان بينهما وسيط واحد، فكالإخوة فإذا ادعى رجل إخوته وأنه ابن أبيهم، فمن شرط صحة هذه الدعوى عليهم مع ما ذكرنا من شروط دعوى النسب: أن يكون الأب ميتاً، ثم يكون لحوقه معتبراً بإقرار ورثة الأب كلهم. فإن كان الأب قد ترك ابناً واحداً، فصدق المدعي على نسبه، ثبت نسبه. وإن ترك ابنين فصدقاه، ثبت نسبه. وإن صدقه أحدهما، لم يثبت. وإن ترك أباً وإبناً فاجتمعا على تصديقه، ثبت نسبه. وإن صدقه أحدهما لم يثبت. وإن ترك بنتاً وأخاً، فاجتمعا على تصديقه ثبت نسبه، وإن صدقه أحدهما لم يثبت، وكذلك لو ترك بنتاً وأخاً وأختاً. ولو ترك أخاً واحداً فصدقه ثبت النسب، لأن الأخ يحوز الميراث ولو ترك أختاً واحدة فصدقته، لم يثبت نسبه، لأن الأخت ترث النصف ولا تحوز الميراث، والباقي بعده لبيت المال.

قال أبو حامد الإسفراييني رحمه الله فإن صدقه الإمام معها ثبت سبه، لأن الإمام في حق بيت المال نافذ الإقرار، فصار إقراره مع الأخت إقراراً من جميع الورثة.

وهذا غير صحيح، لأن الإمام لا يملك حق بيت المال فيثبت الإقرار، ولا يتعين مستحقه من المسلمين فيراعى إقرارهم فيه. فإن كان إقرار الإمام لبينة قامت عنده بنسبه، فذلك حكم منه يثبت به النسب، ولا يراعى فيه إقرار الأخت. وإن كان بغير بينة قامت به، فإقراره لغو، ونسب المدعي غير ثابت.

ولو كان للأخت ولاء عتق على الميت، فأقرت بالمدعي، ثبت نسبه لأنها تحوز الميراث بالفرض والولاء.

وهكذا إقرار البنت إذا لم يكن معها ابن، كإقرار الأخت إذا لم يكن معها أخ، فلا يثبت النسب بإقرارها، لأنها لا تحوز الميراث، إلاَّ أن يكون لها على الأب ولاء فيثبت النسب بإقرارها، لأنها تحوز الميراث كله بالفرض والولاء.

فلو كان الأب الميت مسلماً وترك ابنين: مسلماً وكافراً، فصدقه المسلم، ثبت نسبه لأن الكافر غير وارث فلم يعتبر إقراره؛ وسواء كان مدعي النسب مسلماً أو كافراً. فلو أسلم الإبن الكافر بعد موت أبيه، فأنكر المدعي، لم ينتف نسبه لأنه لم يكن وارث أبيه، فلم يؤثر إنكاره.

ولو كان الأب الميت كافراً وترك ابنين مسلماً وكافراً، فصدقه الإبن الكافر، ثبت نسبه لأنه وارث أبيه. ولو صدقه المسلم، لم يثبت نسبه لأنه ليس بوارث لأبيه.

وهكذا لو كان أحد الإبنين حراً والآخر عبداً، كان ثبوت النسب بإقرار الحر دون العبد، لأن الحر وارث، والعبد غير وارث. وإن عتق العبد بعد موت الأب، لم يعتبر تصديقه ولا إنكاره، لأنه لم يكن وارثاً.

فلو كان أحد الإبنين صغيراً أو معتوهاً، فأقر البالغ العاقل منهما بنسب المدعي، لم يثبت نسبه لأنه أحد الوارثين، حتى يبلغ الصبي ويضيق المعتوه فيقر به، فيثبت نسبه. وهل يجب أن توقف حصة المقر به من حصة المقر أم لا؟ على وجهين

أحدهما: لا توقف، كما في حصة الصغير لأن النسب لم يثبت.

والوجه الثاني: يوقف منه قدر حصته اعتباراً بصحة إقراره، ما لم يبطل بإنكار أخيه.

فإن مات الصغير أو المعتوه قبل البلوغ أو الإفاقة، روعي إقرار وارثه. فإن كان وارثه الأخ المقر، ثبت نسب المدعي بالإقرار السابق، ولا يفتقر إلى إقرار ثان بعد موت الصغير والمعتوه.

فلو ترك ابنين بالغين عاقلين، فصدقه أحدهما وكذبه الآخر، لم يثبت نسبه. فإن مات المكذب فورثه المصدق، ففي ثبوت نسبه وجهان:

أحدهما: قد ثبت نسبه، لأن المصدق صار حائزاً للإرث كله.

والوجه الثاني: لا يثبت، لأن تكذيب شريكه في الميراث مبطل للدعوى، فصار كتكذيب الأب في حياته يكون مبطلاً لنسبه، وإن كان أقر به الورثة بعده.

فصل: فلو ترك الميت ابناً واحداً فصدق المدعي، ثبت نسبه. فإن ادعى آخر أنه ابن الميت، فإن صدقاه الإبنان: الأول والثاني، الأول المعروف والثاني المقر به، ثبت نسب الثالث، وخرج الثاني من النسب إلا بتصديق الثالث، لأنه صار بالتصديق ابناً، فروعي

إقراره في ثبوت النسب. ولو كان الثالث حين ادعى النسب أنكره الثاني، لم يثبت نسب الثالث، وكان الثاني على نسبه.

وهكذا القول في رابع وخامس، لو ادعى نسب الميت. فلو أقر الإبن المعروف بأخوين في حالة واحدة، لم يثبت نسبهما حتى يصدق كل واحد منهما صاحبه، فيثبت حينئذ نسبهما، فإن تكاذبا انتفيا. وإن صدق أحدهما صاحبه وأكذبه الآخر، ثبت نسب المصدق منها دون المكذب.

ولو كانا على تكاذبهما فعاد الإبن المعروف واستأنف الإقرار ثانية بأحدهما، ثبت نسبه، وكان نسب الثالث معتبراً بتصديق الثاني؛ فإن صدقه ثبت نسبه، وخرج الثاني من النسب إلا أن يصدق الثالث.

وإذا أقر الإبن المعروف بتوأمين، لم يعتبر تصديق أحدهما الآخر، لأن نسب التوأمين واحد. ولو أقر الإبن بأحد التوأمين ثبت نسبهما معاً، لأن نسبهما لا يفترق. فلو أنكر أحد التوأمين النسب الذي ادعاه أخوه وقد أقر الإبن المعروف به، نظر في إنكاره: فإن لم يدع معه نسب إلى غيره، لم يؤثر إنكاره ولحق نسبهما معاً بمن ادعاه أخوه، لأن في إنكاره إبطال نسبه ونسب أخيه إلى غيره نسب يدعيه.

وإن ادعى مع إنكاره نسباً إلى غيره، فصار أحد التوأمين مدعياً نسباً إلى رجل قد أقر به وارثه، لم يجز أن يلحق واحد منهما بواحد من الرجلين، لأن نسب التوأمين لا يختلف، ولحوق كل واحد منهما بمن ادعاه يوجب اجتذاب الآخر إليه، فتمانعا لتعارضهما، ووجب عرض ذلك على القافة ليحكموا فيهما بالشبه، كما يحكمون عند تنازع الأبوين.

فهذا القول في المتداعيين إذا كان الوسيط في نسبهما واحداً.

فصل: فأما إذا توسط بين نسب المتداعيين اثنان يتصل النسب بهما، فمثاله: أن يقر رجل بابن أخ له، فيكون بينه وبين أخيه اثنان:

أحدهما: أخوه الذي هو أب المقر به.

والثاني: أبوه الذي يجمعه وأخاه. فإن كان أحد هذين الوسيطين باقياً لم يثبت نسب المقر به إلا بتصديقه، لأنه إذا كان الأخ باقياً لم يلحق به ابن بغير إقراره. وإن كان الأب باقياً دون الأخ، لم يلحق به ابن ابن بغير إقراره.

وإن كان الأخ والأب الوسيطان بينهما في النسب ميتين، نظر: فإن كان هو الوارث لأخيه وحده، ثبت نسب المقر به، وصار ابن أخ للمقر. وإن كان الأب هو وارث ابنه الذي هو أخ المقر، نظر: فإن كان هذا الأخ هو وارث ابنه وحده، ثبت نسب ابن الأخ، لأن ميراث الأخ قد أفضى إليه عن الأب. وإن كان معه في ميراث الإبن غيره ممن يعتبر إقراره في النسب، لم يثبت نسبه حتى يصدقه على إقراره من بقي من ورثة الأب، لأنه بعض من أفضى إليه ميراث الأخ من الأب.

فصل: وإن توسط بين نسب المتداعيين ثلاثة يتصل النسب بهم، فمثاله: أن يقر رجل بابن عم، فيكون بينهما ثلاثة: أبوان، والجد. فإن كان أحد الثلاثة باقياً لم يثبت النسب بإقرار المتداعيين حتى يقر به الباقي من الثلاثة، وإن لم يبق من الثلاثة أحد نظر في حال وارث العم الذي أقر بأن المدعي ابن له، فإنه لا يخلو من أحد ثلاثة أحوال:

إما أن يكون جده وارث عمه، فورثه بأبوته.

أو يكون أبوه وارث عمه، فورثه بالأخوة.

أو يكون هو وارث عمه، فورثه بأنه ابن أخ له.

فإن كان هو وارث عمه، ثبت نسب المقر به. وإن كان أبوه وارث عمه، نظر: فإن لم يكن له شريك في ميراث أبيه، ثبت نسب المقر به أيضاً لأن ميراث المقر به قد أفضى إليه عن أبيه. وإن كان له شريك في ميراث أبيه، لم يثبت نسب المقر به إلا أن يصدقه على إقراره المشارك له في ميراث أبيه، لأنه بعض من أفضى إليه ميراث العم. وإن كان جده وارث عمه، فإن لم يكن لجده وارث غير أبيه ولا لأبيه وارث غيره، أو كان هو وارث جده لموت أبيه قبل جده، ثبت نسب المقَر به لأن ميراث عمه قد أفضى إليه عن أبيه ثم عن جده.

وإن كان لجده وارث غير أبيه، ولأبيه وارث غيره، لم يثبت نسب المقر به إلا بتصديق الباقين من ورثة الجد، ثم بالمشاركين له في ميراث الأب. وإن كان لجده وارث، غير أنه لم يكن لأبيه وارث غيره، اعتبر في ثبوت النسب تصديق الباقين من ورثة الجد. وإن لم يكن لجده وارث غير أبيه، لكن كان لأبيه وارث غيره، اعتبر في ثبوت النسب تصديق الباقين من ورثة أبيه. على هذه العبرة يكون ثبوت الأنساب بالإقرار.

فصل: فإذا تقرر ما أوضحنا من ثبوت النسب بالإقرار، انتقل الكلام إلى ميراث المقر

به، فنقول: لا يخلو حال من ثبت نسبه بالإقرار: من أن يحجب المقر عن إرثه، أو لا يحجبه.

فإن لم يحجبه، ورث معه كابن الميت إذا أقر بأخ من أبيه صارا ابنين للميت، فاشتركا في ميراثه، وكان الميت إذا أقر بابن لابنه الميت كان المقر به ابناً لا يحجب الأب عن فرضه، فيأخذ الأب فرضه، والإبن ما بقي بعده. وكأخ الميت إذا أقر ببنت لأخيه الميت، ورثت منه فرضها، وكان الباقي للأخ لا يحجب بها.

وإن كان المقر به يحجب المقر عن إرثه، كأخ الميت إذا أقر بابن لأخيه الميت، وكابن الإبن إذا أقر بابن لجده، لأن الإبن يحجب الأخ ويحجب ابن الإبن إلى غير ذلك من نظائره، فإن المقرّ به لا يرث وإن ثبت نسبه.

وعلة ذلك: أن في توريثه حجباً للمقر عن إرثه، وحجب المقر عن إرثه موجب لرد إقراره، ورد إقراره موجب لسقوط نسب المقر به، وسقوط نسبه مانع من إرثه، فصار توريثه مفضياً إلى سقوط نسبه وميراثه، فمنع من الميراث ليثبت له النسب، لأن ما أفضى ثبوته إلى سقوطه وسقوط غيره منع من ثبوته ليكون ما سواه على ثبوته. ونظائر ذلك في الشرع كثيرة، وسنذكر منها ما يوضح تعليلها ويمهِّد أصولها.

فمنها: أن يشتري الرجل أباه في مرضه فيعتق عليه ولا يرثه، لأن عتقه وصية، وتوريثه مانع من الوصية له، والمنع من الوصية له موجب لبطلان عتقه، وبطلان عتقه موجب لسقوط إرثه، فصار توريثه مفضياً إلى إبطال عتقه وميراثه، فثبت عتقه وسقط ميراثه.

ولو أوصى له بأبيه، فمذهب الشافعي: يعتق ولا يرث. وقال أبو العباس بن سريج: يعتق ويرث، لأن عتقه لا يكون وصية، إذ الوصية زوال ملك بغير بدل، وهو لم يملك أباه.

وهذا خطأ، لأن عتق الأب عليه بعد ملكه إياه، ولولا الملك لم يعتق، فصار عتقه بعد الملك زوال ملك بغير بدل، فكان وصية.

ومنها: أن يوصي له بابنه وهو عبد، فيموت قبل قبوله، ويخلف أخاه، فيقبله الأخ، فإنه يعتق ولا يرث، لأن الإبن لو ورثناه لحجب الأخ ولم يصح قبوله للوصية لأنه غير وارث، فيعود الإبن رقيقاً، فأثبتنا عتقه وأبطلنا إرثه.

ومنها: أن يعتق المريض أمته ثم يتزوجها، فيصح نكاحها ويبطل ميراثها، لأن عتقها

وصية لو ورثت بطلت، وبطلان الوصية بعتقها موجب لبطلان نكاحها وإرثها، فثبت النكاح وسقط الإرث.

ومنها: أن يتزوج الأمة التي أعتقها في مرضه على صداق مائة درهم، وكان قيمتها حين أعتقها مائة درهم، وخلف سواها مائتي درهم، فيسقط ميراثها ومهرها.

أما الميراث، فلما ذكرنا: من أنها وصية لوارث.

وأما مهرها، فإنه يسقط لأنها إذا أخذته من التركة وهو مائة درهم لا يخرج قيمتها وهي مائة درهم من الثلث، لأن التركة بعد الصداق يكون مع قيمتها مائتي درهم، ثلثها: ستة وستون وثلثان، وهو في مقابلة ثلثي قيمتها، فتوجب أن يعتق ثلثاها ويرق ثلثها، وفي استرقاق ثلثها بطلان نكاحها، لأنه لا يجوز أن يتزوج السيد أمة يملكها أو يملك شيئاً منها، وبطلان النكاح موجب لبطلان صداقها، فلذلك وجب أن يمنع الصداق ليخرج قيمتها من الثلث، فيصح النكاح لما في دفعه من بطلان الصداق والنكاح.

ومنها: أن يزوج أمته بعبد على صداق مائة درهم، ثم يعتقها في مرضه وقيمتها مائة درهم، ويخلف بعد موته مائة درهم، فتصير التركة ثلاثمائة درهم: مائة درهم قيمتها، ومائة درهم صداقها، ومائة درهم تركة سيدها. فتعتق لخروج قيمتها من الثلث، ولا يكون لها إذا عتقت تحت زوجها العبد خيار في فسخ نكاحه قبل الدخول، لأن فسخها لنكاحه قبل الدخول سقط لصداقها، فتصير التركة بعد الصداق مائتي درهم لا يخرج قيمتها من ثلثها، فيرق بعضها لعجز الثلث، ورق بعضها يمنعها من اختيار الفسخ، فصار اختيارها للفسخ مفضياً إلى بطلان العتق والفسخ، فأثبت العتق وأبطل الفسخ.

ومنها: أن يعتق في مرضه عبدين لا مال له غيرهما، فيدعى عليه رجل ديناً يحيط بقيمتهما، فيشهد له المعتقان بدينه، فلا تسمع شهادتهما لما في إثباتها من إبطال عتقهما ورد شهادتهما.

فصل: وإذ قد مضى شواهد تلك الاصول، فلو خلف الميت أخاً فادَّعى مدع أنه ابن الميت، فأنكره الأخ ونكل عن اليمين، فردت اليمين على المدعي فحلف، ثبت نسبه، وفي ميراثه قولان مبنيان على اختلاف قوليه في يمين المدعي: هل تجري مجرى البينة أو مجرى الإقرار؟

أحدهما: أنها تجري مجرى إقرار المدعى عليه. فعلى هذا، لا ميراث للمدعي، وإن ثبت نسبه بالبنوة كما لو أقر بنسبه لما فيه توريثه من حجبه.

والقول الثاني: أن يمينه بعد النكول تجري مجرى البينة. فعلى هذا، يرث الإبن كما لو قامت بينة بنسبه.

فصل: وإذا أقر أحد الورثة بعد اقتسامهم التركة أو قبل القسمة بدين على مورثهم، وأنكر باقي الورثة، فإن كان المقر عدلاً جاز أن يشهد على شركائه من الورثة مع شاهد آخر أو امرأتين أو يمين المدعي، ويحكم له على جماعتهم في التركة بجميع الدين. وإن لم يكن المقر منهم عدلاً، حلف المنكرون من الورثة وبرئوا، وفي قدر ما يلزم المقر قولان:

أحدهما: وهو قول أبي حنيفة: يلزمه جميع الدين في حصته، لأن الدين قد يتعلق ببعض التركة إذا هلك بعضها، كما يتعلق بجميعها، واستحق قضاؤها من حصة المقر لأنه بعضها، وقد فات القضاء من غيرها.

والقول الثاني: وهو الأصح: أنه لا يلزمه من الدين إلا بقدر حصته منه لأمرين:

أحدهما: أنه لو لزمه جميع الدين لما قبلت شهادته به مع غيره، لأنه يصير بالشهادة حينئذ دافعاً عن نفسه، وفي قبول شهادته دليل على أنه لم يكن يلزمه إلا قدر حصته ليصح أن يكون بالباقي شاهداً على غيره.

والثاني: أن الإقرار كالشهادة، والدين كالعين، فلما استوى حال الشهادة في الدين والعين في التزامه منه بقدر حصته، وجب أن يستوي حال إقراره بالدين والعين في التزامه منه بقدر حصته.

ويتحرر من اعتلال هذا الاستدلال قياسان:

أحدهما: أن ما لزمه بالشهادة، لزمه بالإقرار كالعتق والوقف.

والثاني: أن ما لزمه من العتق والوقف، لزمه من الدين كالشهادة.

فصل: فعلى هذا، لو كانت التركة ألفاً والورثة ابنين، فأقر أحدهما بألف درهم ديناً لزمه منها على القولين خمسمائة درهم، لأنها جميع حصته، فلا يلزم أكثر منها.

ولو أقر أحدهما بخمسمائة:

فأحد القولين: يلزمه جميعها، وهي جميع حصته.

والقول الثاني: يلزمه منها نصفها مئتان وخمسون.

فلو خلف ثلاثة بنين وترك ثلاثة آلاف درهم، فأخذ كل واحد ألفاً، وحضر رجل فادعى على أبيهم ثلاثة آلاف درهم، فصدقه الأكبر على جميعها، وصدقه الأوسط على ألفين، وصدقه الأصغر على ألف منها، فعلى الأكبر: جميع الألف، وهي كل ما بيده لا يختلف. وأما الأوسط المصدق على ألفين:

فأحد القولين: يلزمه جميع الألف التي بيده.

والثاني: يلزمه ثلثا الألف التي بيده.

وأما الأصغر المصدق على ألف:

فأحد القولين: يلزمه جميع الألف التي بيده.

والثاني: يلزمه ثلث الألف التي بيده.

فصل: فلو مات رجل عن ابن ولا وارث له غيره، وخلف عبداً يساوي ألفاً لا مال له غيره، فقال رجل: أوصى لي أبوك بثلث ماله، فلم يجبه حتى قال آخر: لي على أبيك ألف، فصدقهما معاً ولا بيِّنة لواحد منهما، كان لمدعي الوصية ربع العبد، ولمدعي الدَّين ثلاثة أرباعه يباع في دينه؛ لأنهما لما استويا في التصديق لهما بكلمة واحدة، صار العبد مقسوماً على عبد وثلث وذلك أربعة أسهم: سهم للوصية، وثلاثة أسهم للدين.

ولو كان صدق مدعي الدين قبل مدعي الوصية، صار العبد مستحقاً في الدين وبطلت الوصية.

ولو صدق مدعي الوصية قبل مدعي الدين، كان لصاحب الوصية ثلث العبد، ولصاحب الدين ثلثاه، يباع في دينه.

ولو قال العبد: أعتقني أبوك في صحته، وقال آخر: لي على أبيك ألف، وقيمة العبد ألف ولا مال له سواه، فصدقهما معاً، صار نصف العبد حراً ونصفه لصاحب الدين يباع في دينه. فلو كان سبق إقراره للعبد، صار جميعه حراً، ولا شيء لصاحب الدين. ولو سبق إقراره لصاحب الدين، صار له جميعه، ولم يعتق شيء منه. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَقَالَ فِي الْمَرْأَةِ تَقْدُمُ مِنْ أَرْضِ الرُّو

وَمَعَهَا وَلَدٌ، فَيَدَّعِيهِ رَجُلٌ مِنْ بِلادِ الإِسْلَامِ أَنَّهُ ابْنُهُ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ خَرَجَ إِلَى أَرْضِ الرُّومِ، فَإِنَّهُ يَلْحَقُ بِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا ادعى رجل من بلد الإسلام ولد امرأة قدمت من أرض الروم، ولم نعلمه خرج إلى أرض الروم، لحق به الولد، ولا اعتبار بتصديق المرأة وتكذيبها له، لأنه لا حق لها في نسب المولود، فلم يعتبر من جهتها التصديق والتكذيب، ما لم يدع نكاحها.

وإنما لحق به الولد وإن لم يعلم دخوله إلى أرض الروم، لأن الأنساب تلحق بالإمكان، وقد يمكن أن يكون دخل أرض الروم ولم يعلم به.

ولو أحطنا علماً أنه لم يدخل أرض الروم، فقد يمكن أن تكون المرأة قد دخلت قبل ذلك بلاد الإسلام ولم يعلم بها، فصار اجتماعهما ممكناً، فلحق به الولد مع الإمكان.

فصل: ولو تزوج رجل امرأة في مجلس حاكم، ثم طلقها عقيب العقد في مجلسه، فجاءت بولد لستة أشهر فصاعداً، لم يلحق به.

وقال أبو حنيفة: يلحق به إن وضعته لستة أشهر سواء، لأنها صارت بالعقد فراشاً.

وهذا خطأ لأن امتناع الإمكان يمنع من لحوق النسب، ومن المحال الممتنع في عقد يعقبه بحضرة القاضي طلاق، أن يمكن فيه إصابة توجب لحوق الولد، فانتفى.

فصل: ولو تزوج رجل بالمشرق امرأة بالمغرب، فجاءت بعد العقد بولد لستة أشهر، قال أبو حنيفة: يلحق به لأجل الفراش.

ونحن: نعتبر الإمكان وإمكان اجتماعهما قبل ستة أشهر في موضع الولد محال، فلم يلحق به.

وهكذا أن وضعته بعد العقد لأقل من ستة أشهر وقدر المسافة، لم يلحق به. فأما إن وضعته بعد ستة أشهر وقدر المسافة، يلحق به لأنه يمكن أن يكون قد اجتمع معها بأن سافر إليها سراً، أو سافرت إليه سراً، والأنساب تلحق بالإمكان. فإن علم قطعا أنهما لم يجتمعا، لم يلحق به الولد لتعذر الإمكان.

وقال أبو حامد الإسفراييني: يلحق به الولد لأنه قد يمكن أن يكون قد أنزل منياً في

(١) مختصر المزني: ص ١١٤ ـ ١١٥.

قطنة وأرسلها إليها فاستدخلت، فعلقت منها، فلحقه به لأجل هذا الإمكان ولدها، وهذا مذهب شنيع، وتعليل قبيح، لأنه وطء وإحبال بالمراسلة. والله المستعان.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ لَهُ أَمَتَانِ لَا زَوْجَ لِوَاحِدَةٍ مِنْهُمَا، فَوَلَدَتَا وَلَدَيْنِ، فَأَقَرَّ السَّيِّدُ أَنَّ أَحَدَهُمَا ابْنُهُ وَلَمْ يُبَيِّن فَمَاتَ، أريتهما القافة، فَأَيُّهُمَا أَلْحَقُوهُ بِهِ جَعَلْنَاهُ ابْنَهُ وَوَرَّثْنَاهُ مِنْهُ، وَجَعَلْنَا أُمَّه أُمَّ وَلَدٍ وَأَوْقَفْنَا الأخرى أمة. وَإِنْ لَمْ تَكُنْ قَافة، لَمْ تَجْعَلْ وَاحِداً مِنهُمَا ابْنَهُ، وَأقرعنا بَيْنَهُمَا، فَأَيُّهُمَا خَرَجَ سَهْمُهُ أَعْتَقْنَاهُ وَأُمَّهُ، وَأَوْقَفْنَا الآخَرَ وَأُمَّهُ)[1]

قال الماوردي: وصورتها في رجل له أمتان، لكل واحدة منهما ولد، فقال: أحد هذين ابني، فتأثير إقراره معتبر بشرطين:

أحدهما: أن لا يكون لهما زوج، فإن ذات الزوج ولدها لاحق به.

والثاني: أن لا يعلم أحديهما فراشاً للسيد بالإصابة، لأنها إذا صارت فراشاً لحق به ولدها من غير إقرارٍ. فإذا وجد الشرطان تصورت المسألة في تأثير إقراره، وله في الأم ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يقول: وطئتها في ملكي.

والثانية: أن يقول: وطئتها في غير ملكي.

والثالثة: أن يطلق.

ويؤخذ بعد إقراره بتبيان ولده منهما. فإذا أبان أحدهما، ثبت نسبه وصار حراً، وصارت أمه أم ولد تعتق بموته، إن أقر أن الوطء حصل وهي في ملكه. وإن أقر بوطئها في غير ملكه، كانت أمة. وإن أطلق، سئل وعمل على قوله منها.

فإن مات قبل البيان، سئل وارثه: فإن كان عنده بيان عمل عليه، وكان على ما ذكرناه من بيانه في ثبوت النسب ولحوق الولد، وكون أمته أم ولد إن أقر بوطئها في ملكه، وإن أقر أنه وطئها في غير ملكه فهي أمة لا تعتق بموت السيد، ولكن تعتق بعد موته بميراث الإبن لها، لأن من ملك أمه عتقت عليه.

وإن لم يكن عند الوارث بيان، وجب أن يرجع إلى بيان القافة إن وجدوا، لما في

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٥.

قولهم من تمييز الأنساب المشتبهة. فإذا بينوا أحدهما، لحق به وصار حراً، وعتقت أمه بموت السيد إن كانت أم ولد بإقراره، أو بملكها ابنها إن جعلت أمه بوطئها في غير ملك.

وإن أطلق، ففي ظاهر إطلاقه وجهان:

أحدهما: الإضافة في الملك، فتكون أم ولد.

والثاني: في غير الملك، للسيد، ثم لها حكم الرق.

فإن جعلت أم ولد، عتقت على السيد بموته. وإن جعلت أمة، عتقت على الإبن بملكه، وكان الولد الآخر وأمه مملوكين.

واستدلال القافة في إلحاق أحدهما بالمقر بعد موته، يكون من وجوه ثلاثة:

إما أن يكونوا عالمين بالمقر، فيستدلون بما قد عرفوه من شبهه بالولد.

وإما أن لا يعرفوه، فيتعجلوا النظر إليه قبل دفنه.

وإما أن يفوتهم ذلك، فيستدلون بشبه عصبته.

فإن لم يكن في القافة بيان لعدمهم، أو لاشتباه الأمر عليهم، فقد فات ما يستدلون به من لحوق النسب، وهو أحد أحكام الولد، لأن له أحكاماً ثلاثة:

أحدها: ثبوت النسب.

والثاني: الحرية.

والثالث: الميراث.

فإذا انتفى ثبوت النسب سقط الميراث، لأنه لا يجوز أن ينفرد عن النسب وتثبت الحرية التي تجوز أن تنفرد عن النسب، ويمكن تمييزها بالقرعة إذا فات البيان بالقافة، فيقرع حينئذ بين الولدين: فإذا قرع أحدهما صار حراً ولم يثبت نسبه.

وقال أبو علي بن خيران: فيصير بالقرعة ولداً حراً، لأن الحرية تثبت له بالولادة، فلا يجوز أن يرتفع أصلها ويبقى حكمها.

وهذا خطأ، لأن القرعة لا تدخل في تمييز الأنساب المشتبهة، وتدخل في تمييز الحرية المشتبهة. ألا ترى أن تنازع رجلين في ولد يمنع من الإقرار بينهما في نسبه، وإشكال الحرية بين عبدين يوجب دخول القرعة بينهما في حريته؟ وصارت القرعة ههنا في

إثبات أحد الحكمين بمثابة الشاهد والمرأتين في السرقة في ثبوت الغرم دون القطع، ثم إذا عتق أحد الولدين بالقرعة، نظر حال أمه: فإن كان قد أقر بوطئها في ملكه عتقت لكونها أم ولد، ثم يجري عتقها بموت السيد. وإن كان قد أقر بوطئها في غير ملكه، فهي مرقوقة لا نعتق على الولد، لأن الولد لم يرث، فتعتق عليه بملكه. وإن كان قد أطلق إقراره، فعلى وجهين:

أحدهما: قد صارت له أم ولد، وعتقت عليه بموته.

والثاني: أنها أمة لورثته.

وأما الولد الآخر وأمه، فعلى رقمها. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَسَمِعْتُ الشَّافِعِيَّ يَقُولُ: لَوْ قَالَ عِنْدَ وَفَاتِهِ لِثَلاَثَةِ أَوْلاَدٍ لأَمَتِه، أَحَدُ هَؤُلاَءِ وَلَدَيْ، وَلَم يُبَيِّنْ، وَلَهُ ابْنٌ مَعْرُوفٌ، يُقْرَعْ بَيْنَهُمْ، فَمَنْ خَرَجَ سَهْمُهُ عُتِقَ وَلَمْ يَثْبُتْ لَهُ نَسَبٌ وَلاَ مِيرَاثٌ، وَأُمُّ الوَلَدِ تُعْتَقُ بِأَحَدِ الثَّلاَثَةِ. قَالَ المزني: يَلْزَمُهُ عَلَى أَصْلِ قوله المَعْرُوفِ أَنْ يَجْعَلْ الابْنِ المَجْهُولِ مُوَرِّثاً مَوْقُوفاً يمنع منه الابن المعروف، وليس جَهْلُنَا بِأَيِّهِمْ الإِبْنُ جَهْلاً بِأَنَّ فِيهِمْ ابْنَاً. إلى آخر الفصل من كلامه)[1].

قال الماوردي: وصورتها، في سيد أمة لها ثلاثة أولاد، قال في مرض موته: أحد هؤلاء الثلاثة ابني، فلا يخلو حاله في الام عند هذا القول من ثلاثة أحوال:

إحداها: أن يقول: وطئت أمه في ملكي.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٥. وتتمة الفصل: «وبيعوا جميعاً وأصل الشافعي رحمه الله لو طلق نساءه إلا واحدة ثلاثاً ثلاثاً ولم يبين أنه يوقف مورث واحدة حتى يصطلحن ولم يجعل جهله بها جهلاً بمورثها وهذا وذاك عندي في القياس سواء. (قال المزني) رحمه الله: وأقول أنا في الثلاثة الأولاد إن كان الأكبر هو الإبن فهو حر والأصغر والأوسط حران بأنهما ابنا أم ولد وإن كان الأوسط هو الابن فهو حر والأصغر حر بأنه ابن أم ولد وإن كان الأصغر هو الإبن فهو حر بالبنوة فالأصغر على كل حال لا شك فيه فكيف يرق إذا وقعت عليه القرعة بالرق وتمكن حرية الأوسط في حالين ويرق في حال وتمكن حرية الأكبر في حال ويرق في حالين ويمكن أن يكونا رقيقين للابن المعرولف والإبن المجهول نصفين ويمكن أن يكون الإبن هو الأكبر فيكون الثلاثة أحراراً فالقياس عندي على معنى قول الشافعي أن أعطي اليقين وأقف الشك فللإبن المعروف نصف الميراث لأنه والذي أقر به ابنان فله النصف والنصف الآخر موقوف حتى يعرف أو يصطلحوا والقياس على معنى قول الشافعي الوقف إذا لم أدره أهما عبدان أو حران أم عبدٌ وحر أن يوقفا ومورث ابن حتى يصطلحوا».

والثانية: أن يقول: وطئتها في غير ملكي.

والثالثة: أن يطلق.

فإنْ قال وطئتها في غير ملكي، لم تصر له أم ولد، وأخذ ببيان الولد. فإن قال: هو الأكبر، لحقه وحده وصار حراً يرثه، ورق الأوسط والأصغر.

وإن قال: هو الأوسط، لحقه وحده وصار حراً يرثه، ويرق الأكبر والأصغر.

وإن قال: هو الأصغر، لحقه وحده وصار حراً يرثه، ورق الأكبر والأوسط.

فصل: فإن كان قال: وطئتها في ملكي، صارت بهذا القول أم ولد، وأخذ ببيان الولد.

فإن قال: هو الأكبر، لحقه به وصار حراً وارثاً؛ وهل يلحق به الأوسط والأصغر؟ على وجهين:

أحدهما: يلحقان به أيضاً مع الأكبر، ويصير الثلاثة كلهم أولاداً يرثونه، لأنها بالأول صارت فراشاً فلحق به كل ولد جاءت به من بعده، وخالف حكم قوله: وطئتها في غير ملكي، لأن عقد النكاح الذي أصابها فيه في غير ملكه قد ارتفع بحدوث ملكه، فارتفع الفراش به. وإن أقر بإصابتها في الملك، فالفراش باق لبقاء الملك.

والوجه الثاني: أن الأكبر لاحق به دون الأوسط والأصغر، لاحتمال أن تكون وضعت الأول في ملكه، ثم بيعت عليه في رهن فولدت الأوسط والأصغر من زوج، ثم اشتراها والولدين معها أو تكون قد زوجها على ملكه بعد اشترائها، فجاءت بالولدين من زوجها، فصار لحوقهما به شكاً على تجويز مترجح، والأنساب لا تلحق بالشك والتجوز، فعلى هذا الوجه هل يكونان في حكم أم الولد يعتقان بموت السيد؟ على وجهين:

أحدهما: صارا في حكمها يعتقان بالموت، لأنهما ولدا أم ولد.

والوجه الثاني: أنهما على الرق لا يعتقان بموت السيد، لجواز أن يكونا من زوج بعد بيعها عليه في الرهن، ثم ابتاعهما مع الأم فصارت الأم له أم ولد، ولم يصر الولدان في حكم أم الولد، لأنها ولدتهما في حال لم تكن فيها أم ولد، ولا يجوز إثبات حرية بالشك، كما لا يجوز إثبات نسب بالشك. فهذا حكم بيانه في الإبن الأكبر.

فأما لو قال: ولدي من الثلاثة هو الأوسط، فالأوسط لاحق به، والأكبر على الرق لا يلحق به، وفي لحوق الأصغر به وجهان على ما ذكرنا:

أحدهما: هو لاحقٌ به.

والثاني: لا يلحق به. وفي حريته بموت السيد وجهان.

وإن قال: ولدي من الثلاثة هو الأصغر، لحق به وحده، ورق الأكبر والأوسط.

فصل: وإن أطلق ذكر الأم حين أقر بالولد بعد تعيينه حتى فات بيانه بالموت، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة: لا تصير أم ولد له استصحاباً لحكم الرق، فإنه لا يجوز إثبات حرية بالشك. فعلى هذا، لا يلحق به إلا الولد الذي بينه وحده، سواء بيَّن الأكبر أو الأصغر منهم، ويكون الآخران على رقهما.

والوجه الثاني: أنها تصير أم ولد اعتباراً بالظاهر من حال الفراش، أنه ثابت النسب، الموجود من الملك دون ما لا يعرف له نسب من نكاح. فعلى هذا، يكون الجواب على ما مضى: لو أقر أنه وطئها في ملكه. فهذا الكلام فيه إذا استدرك من جهته بيان الولد الذي أقرَّ به.

فصل: فأما إن فات من جهته بيان الولد الذي أقر به، وجب أن يرجع إلى بيان القافة الذي يتميز بقولهم ما اشتبه من الأنساب، ولم يذكر القافة فيما نقله المزني: إما بحذف الكاتب إياه، وإما لاختصار المزني له تعويلاً على ما قد عرف من مذهبه من ذكر القافة.

فإنْ كان قد أقر أنه وطئها في غير ملكه، فإن ألحقت القافة به أحد الثلاثة، لحق به ورقّ من سواه، وكانت الأم أمة تعتق على الإبن بإرثه لها. وإن ألحقت القافة به اثنين من الثلاثة، لم يلحقا به لأنه قد أقر بواحد منهم، وخرج من نفتْهُ القافة منهم أن يكون من حكمهم، وصار حكم النسب متردداً بين الإثنين من غير أن يتعين نسب أحدهم. ولا يستفاد بهذه القافة إلا خروج نسب المنفي منهم، والحكم برقّه من بينهم، وإن ألحقوا الثلاثة به فلا بيان فيهم.

وإن كان قد أقر بوطئها في ملكه، فإن ألحقوا به أحدهم لحق به، وهل يتبعه من دونه، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يتبعه، ويرق.

والثاني: يتبعه.

فعلى هذا، إن ألحقوا به الأكبر، تبعه الأوسط والأصغر في الحرية وثبوت النسب، وصار الثلاثة له أولاداً يرثونه.

وإن ألحقوا به الأوسط، تبعه الأصغر، فلحقا به معاً، وكان الأكبر مملوكاً.

وإن ألحقوا به الأصغر، لحق به وحده دون الأكبر والأوسط.

ولو ألحقت القافة به ابنين منه، فعلى الوجه الأول: لا يثبت نسبهما، لكن يخرج المنفي عنهما، ويصير مملوكاً، ويتردد النسب بين الإثنين، وعلى الوجه الثاني: يلحق به الإثنان معاً.

فعلى هذا، إن ألحقوا به الأكبر والأوسط، لحقا به مع الأصغر أيضاً وكان تبعاً لهما. وإن ألحقوا به الأكبر والأصغر، لحقا به مع الأوسط، وكان تبعاً للأكبر. وإن ألحقوا به الأوسط والأصغر، لحقا به معاً لا غير، ورقّ الأكبر وحده. ولو ألحقت القافة به الثلاثة، لحقوا به.

فصل: وإن فات البيان من جهة القافة لعدمهم، أو لإشكال الشبه عليهم، فإن كان إقراره بالوطء في غير ملكه فهي على الرق، ولا يثبت نسب واحد منهم لفوات بيانه؛ لكن يقرع بينهم تمييزاً لحرية أحدهم. فإذا أقرع أحدهم عتق وحده ورق الآخران، وهذا مما لم يختلف فيه المزني وسائر أصحابنا.

وإن كان إقراره بالوطء في ملكه، ففي ثبوت نسب الأصغر وجهان:

أحدهما: يثبت نسبه إذا قيل: إن ثبوت نسب أحد الثلاثة ببيان المقر أو القافة يوجب ثبوت نسب أحد الثلاثة من دونه، لأن الأصغر على هذا الوجه ثابت النسب في الأحوال كلها. لأنه إن كان الأكبر هو الإبن، تبعه الأوسط والأصغر. وإن كان الأوسط هو الإبن، تبعه الأصغر. وإن كان الأصغر، ثبت نسبه وحده، وصار الأصغر في الأحوال كلها ولداً ثابت النسب وارثاً.

قال أبو العباس بن سريج: وهذا مذهب المزني، وإنما حذفه الكاتب من كلامه. فعلى هذا تسقط القرعة بين الآخرين ويرقّان.

والوجه الثاني: أن نسب الأصغر لا يثبت إذا قيل: إن ثبوت نسب أحدهم لا يوجب ثبوت نسب من سواه. فعلى هذا: هل يعتق الأصغر أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يعتق إذا قيل: إن ثبوت نسب أحدهما يجعل من دونه ولد أم ولد. فعلى هذا، تسقط القرعة بين الأخوين ويرقان.

والثاني: أنه لا يعتق إذا قيل: إن ثبوت نسب أحدهما لا يجعل من دونه ولد أم ولد. فعلى هذا، يقرع بين الثلاثة، فيعتق أحدهم بالقرعة تمييزاً للحرية. فإذا أقرع أحدهم عتق وحده ورق ما سواه، والأم حرة في الأحوال كلها، لأنها أم ولد بأحد الثلاثة، ولا يرث من عتق بالقرعة لأن نسبه لم يثبت.

فأما ميراث المقر فالمسألة مصورة: أن المقر ترك مع الثلاثة ابناً معروفاً، فهل يوقف من التركة شيء أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يوقف، وهو مذهب المزني وطائفة أصحابنا، لما ذكره المزني: من أنه ليس جهلنا بأيهم الإبن جهلاً بأن فيهم ابناً، كمن طلق ثلاثاً من نسائه، وقف ميراث زوجة، ولا يكون جهلنا بأيهم الزوجة جهلاً بأن فيهم زوجة، وتأولوا قول الشافعي: «ولا ميراث» يعني: لمن عتق بالقرعة، لا أنه أراد ترك وقفه.

والوجه الثاني: أنه لا يوقف من التركة شيء لفوات البيان بما يستدرك به من المقر في حياته، ومن القافة من بعده. ولا يكون علمنا بأن فيهم ابناً موجباً لوقف ميراثه عند فوات البيان، كالعربي إذا مات مجهول العصبة لا يوقف ميراثه إذا مات، وإن علمنا أن له في العرب عصبة وكان الجهل بأقرب عصبته مسقطاً لحكم عصبته. ولأنه لو جاز أن يوقف بعض التركة لأن في الثلاثة ابناً، لجاز أن يوقف من ميراث من مات من الثلاثة لأن فيهم ابناً، لأن من كان وارثاً كان موروثاً.

فأما وقف ميراث الزوجة المجهولة من الأربع فواجب، والفرق بينهما: أننا في الزوجات على يقين من ثبوت الزوجة فوقف الميراث لهن، ولسنا على يقين من ثبوت النسب، فلم يقف الميراث بينهم.

فإذا تقرر هذان الوجهان، فإن قلنا: بسقوط الوقف وتعجيل القسمة، نظر: فإن حكم بثبوت نسب الأصغر في أحد الوجهين، فالتركة بينه وبين الإبن المعروف.

وإن قلنا: يوقف الميراث، وقف نصف التركة، وكان نصفها للإبن المعروف إن لم يحكم بثبوت نسب الأصغر. فإن حكم بثبوت نسبه، كان بينهما. وهكذا وقف الميراث فيمن تقدم من ولد إحدى الإثنين على ما ذكرنا من هذين الوجهين، والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَتَجُوزُ الشَّهَادَةُ أَنَّهُمْ لاَ يَعْرِفُونَ لَهُ وَارِثاً غَيْرَ فُلاَنٍ إِذَا كَانُوا مِنْ أَهْلِ المَعْرِفَةِ البَاطِنَةِ. وَإِنْ قَالُوا: بَلَغَنَا أَنَّ لَهُ وَارِثاً غَيْرَهُ لَمْ يُقَسَّمِ المِيرَاثَ حَتَّى يَعْلَمَ كَمْ هُوَ، فَإِنْ تَطَاوَلَ ذَلِكَ، دُعِيَ الوَارِثُ بِكَفِيلٍ لِلْمِيرَاثِ وَلاَ نَجْبِرهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا ادعى رجل ميراث ميت، وشهد له شاهدان باستحقاق ميراثه، لم تسمع الشهادة منهما حتى يذكرا أن ما استحق به ميراثه من سبب أو نسب، لاختلاف الفقهاء في المواريث المستحقة، والأحق بها من الورثة.

فإذا شهدا بما يصير به وارثاً من نسب، أو سبب يستحق به فرضاً، أو تعصيباً، لم يخل حال شهادتهما من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتضمن إثبات ميراث المدعي، ونفي ميراث غيره.

والثاني: أن يتضمن إثبات ميراثه وميراث غيره.

والثالث: أن يتضمن إثبات ميراثه، ولا يتضمن ذكر غيره في إثبات ولا نفي.

فأما القسم الأول: وهو أن يتضمن إثبات ميراثه ونفي ميراث غيره. فصورته: أن يقول الشاهدان: نشهد أن فلاناً هذا وارث فلان الميت، لا نعلم له وارثاً غيره، فيصيران شاهدين بإثبات ونفي.

أما الإثبات، فشهادتهما به على البت والقطع، وهي مقبولة سواء كانا من أهل المعرفة الباطنة بالميت أم لا، لأنهما قد يصلان إلى العلم به كما يصل إليه من كان من خلطائه.

وأما النفي، فشهادتهما به على العلم دون البت والقطع، لأنه لا يوصل إلى نفسه، وإنما يعلم من غالب أحواله. وتصح الشهادة على النفي إذا كان تبعاً للإثبات، ولا تصح على نفي مجرد، وهي ههنا تبعاً للإثبات فصحت. ألا ترى إلى ما روي عن علي رضي الله عنه قال: «ما كان يحجز رسول الله ﷺ عن قراءة القرآن شيء إلا الجنابة»[2].

فصح نفيه لما اقترن بإثبات.

وإذا صحت الشهادة على النفي تبعاً للإثبات، اعتبر حال الشاهدين به: فإن كانا من أهل المعرفة الباطنة بالميت قبلت شهادتهما في النفي والإثبات معاً، ودفع المال إلى المشهود له. ألا ترى أن علياً رضي الله عنه كان من أهل المعرفة الباطنة برسول الله ﷺ،

---

(١) مختصر المزني: ص١١٥.

(٢) حديث علي: سبق تخريجه في الصلاة.

فصحّ أن يشهد عليه بالنفي تبعاً للإثبات، في أنه لم يكن يحجزه عن قراءة القرآن شيء إلا الجنابة؟.

وإن لم يكن الشاهدان من أهل المعرفة الباطنة بالميت، ولا ممن خبر جميع أحواله في حضره وسفره، لم تقبل شهادتهما على النفي لوارث غيره، لأنه قد يجوز أن يكون فيما خفي عليهما من حاله نسبٌ لم يعلما به، ولا يكون ذلك قدحاً فيما شهدا به من الإثبات، فتصير الشهادة بها بالإثبات مجرد على ما سنذكره. فهذا قسم.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن تتضمن الشهادة إثبات ميراثه وميراث غيره، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يثبتا ميراث غيره إثبات شهادة.

والثاني: أن يثبتا ميراث غيره إثبات خبر.

فإن كان إثبات شهادة، فصورته أن يقول: نشهد أن فلاناً هذا وارث فلان الغائب، يرثانه بوجه كذا. فإن وصلا الشهادة بأن قالا: لا وارث له غيرهما، تمت إذا كانا من أهل المعرفة الباطنة، ودفع إلى الحاضر حقه من التركة على فرائض الله تعالى، ووقف للغائب حقه منها. وإن لم يقولا: لا وارث له غيرهما، صارت شهادة بإثبات ميراث الحاضر والغائب من غير نفي الميراث عن غيرهما، فيكون على ما سنذكره.

وإن كان ما ذكره الشاهدان من ميراث غيره إثبات خبر لا شهادة، فصورته أن يقولا: نشهد أن فلاناً هذا وارث فلان، ونعلم أن له وارثاً غيره، فكان ذلك خبراً منهما يوجب على الحاكم الاحتياط والكشف، من غير أن ينفذ فيه حكم الإثبات والقطع. وإذا كان كذلك، فلا يخلو حال الحاضر من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون ممن لا يسقط بغيره، وله فرض مقدّر.

والثاني: أن يكون ممن لا يسقط بغيره، وليس له فرض مقدر.

والثالث: أن يكون ممن قد يسقط بغيره.

فإن كان ممن لا يسقط بغيره وله فرض مقدر، وجب أن يدفع إليه أقل فرضيه، وتوقف الزيادة عليه، وإن كان أباً دفع إليه السدس معولاً، وكذا الأم. وإن كان زوجاً دفع إليه الربع معولاً، وإن كانت زوجة دفع إليها ربع الثمن معولاً، لجواز أن يكن أربعاً.

وإن كان الوارث ممن لا يسقط بغيره وليس له فرض مقدر، كالإبن وبمثابته البنت، لم يجز أن يتعجل من التركة شيئاً لأن الكل قد لا يستحقه، لجواز أن يوجد من يحجبه عن بعضه، وفي دفع بعضه لا يتقدّر حكم بجهالة، فوجب منعه من جميع التركة ليقع الكشف.

فإذا كشف الحاكم مع تطاول الزمان، فلم يعلم وارثاً غيره، وطلب الميراث، وجب دفعه إليه لأننا على يقين من استحقاقه، وفي شك من مشاركة غيره.

وإن كان الوارث ممن قد يسقط بغيره كالأخ والجد، وجب أن يمنع من جميعها قبل الكشف لما ذكرنا. وهل يجوز أن يدفع إليه بعد الكشف وعدم ظهور غيره، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة، يمنع ما لم تقم البينة على أنه لا وارث له غيره، لأننا على شك من ميراثه.

والوجه الثاني: وبه قال أبو حامد الإسفراييني ومتأخرو أصحابنا: أنه يدفع إليه الميراث ولا يمنع، لأننا على يقين من كونه وارثاً، وعلى شك ممن نراه مسقطاً أو مشاركاً. فهذا قسم.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن تتضمن الشهادة إثبات ميراثه والإمساك عن غيره بإثبات أو نفي. فصورته أن يقولا: نشهد أن فلاناً هذا وارث فلان بوجه كذا، فإن كان ذا فرض لا تحجب عنه دفع إليه أقل فرضيه، وكان الباقي منه موقوفاً على الكشف. وإن لم يكن ذا فرض، منع من التركة حتى يقع الكشف، ثم يدفع إليه بعد الكشف وعدم ظهوره وغيره سواء، كان من يسقط بغيره أم لا. لأننا على يقين من كونه وارثاً، وعلى إياس من أن يوجد له مشارك، ولم يكن. وهي كالقسم الذي قبله، لأن هناك أخبر الشاهدان بغيره فجاز أن يمنع المحجوب بعد الكشف لأجل هذا الخبر في أحد الوجهين مع ضعفه، وإذا أوجب دفع التركة إليه فينبغي للحاكم أن يأخذ منه كفيلاً بالميراث خوفاً من ظهور مسقط عنه أو شريك فيه.

قال الشافعي رضي الله عنه هاهنا: لا أجبره. وقال في الدعوى والبينات: إنه يجبر على كفيل. فاختلف أصحابنا لاختلاف هذين النَّصين، فقال بعضهم: هو على اختلاف قولين:

أحدهما: أن الكفيل استحباب ولا نجبر عليه، لأنه إن كان مستحقاً له لم يلزمه دفع كفيل به، وإن كان غير مستحق لم يجبر أن يدفع إليه بسببه كفيلاً به.

والقول الثاني: أن الكفيل واجب، ويمنع حتى يدفع كفيلاً به، لأننا لسنا على يقين من استحقاقه، وإنما دفعنا إليه تغليباً لحاله مع تجويز غائب يلزم الاحتياط له.

وقال آخرون: ليس ذلك على قولين، وإنما هو على اختلاف حالين: فنصه هاهنا على أنه لا يجبر إذا كان ممن لا يسقط، ونصه في الدعوى على أنه يجبر إذا كان ممن يسقط.

وقال آخرون: بل على غير هذا الوجه من اختلاف الحالين، فنصه على الإجبار إذا كان غير ثقة، ونصه على عدم الإجبار إذا كان ثقة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: «وَإِنْ قَالُوا لاَ وَارِثَ غَيْرَهُ قُبِلَتْ عَلَى مَعْنَى لاَ نَعْلَمُ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مِنْهُمْ عَلَى الإحَاطَةِ كَانَ خَطَأً وَلَمْ أَرُدَّهُمْ بِهِ، لأَنَّهُ يَؤُولُ بِهِمْ إِلَى العِلْمِ».

قال الماوردي: إذا شهدوا بعد إثبات الوارث بنفي غيره، فينبغي أن تكون شهادتهم به على العلم، فيقولون: لا نعلم له وارثاً غيره، لأنهم يشهدون فيه بظاهر لا يصلون إلى يقينه. فإن شهدوا قطعاً فقالوا: لا وارث له غيره، فقد قال أبو حنيفة: شهادتهم مردودة، لأن ما شهدوا به من القطع مستحيل.

وقال ابن أبي ليلى: لا تصح الشهادة إلا هكذا، ولا أقبلها على العلم لما فيها من الحدس والظن.

وكلا القولين عندنا خطأ، وشهادتهم على ذلك صحيحة؛ لأن استحاله اليقين فيه تمنع من القطع به، بخلاف ما قال ابن أبي ليلى، وهو يؤول إلى من قطع به إلى العلم، كما قالت عائشة رضي الله عنها: «ما ترك رسول الله ﷺ ديناراً ولا درهماً» تعني: في علمها. فصح ذلك، بخلاف ما قال أبو حنيفة. والله أعلم.

كِتَابُ الْعَارِيَةِ(١)

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكُلُّ عَارِيَةٍ مَضْمُونَةٌ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ وَإِنْ تَلَفَتْ مِنْ غَيْرِ فِعْلِهِ، اسْتَعَارَ رسولُ الله ﷺ مِنْ صَفْوَانِ سِلاَحَهُ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ «عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ»(٢).

قال الماوردي: وأما العارية، فهي عقد معونة وإرفاق، جاءَ الشرع بها وَنَدَبَ الناس إليها.

قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى﴾(٣) والعارية من البر.

وقال تعالى: ﴿لاَ خَيْرَ فِي كَثِيرٍ مِنْ نَجْوَاهُمْ إِلاَّ مَنْ أَمَرَ بِصَدَقَةٍ أَوْ مَعْرُوفٍ أَوْ إِصْلاَحٍ بَيْنَ النَّاسِ﴾(٤). والعارية: من المعروف.

وقال تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾(٥).

---

(١) قال النووي في الروضة ٤/ ٧٠ «هي بتشديد الياء. وقال الخطابي في الغريب: وقد تخفف» وهي لغة اسم لما يعار، ونسبها الجوهري إلى العار، لأن طلبها عار وعيب وقد اعترضوا عليه وعابوا قوله. . .

(٢) مختصر المزني: ص ١١٦. وتتمة المسألة «وقال من لا يضمن العارية، فإن قلنا: إذا اشترط المستعير الضمان ضمن. قلت: إذاً تترك قولك قال: وأين؟ قلت ما تقول في الوديعة إذا اشترط المستودع أو المضارب الضمان أهو ضامنٌ؟ قال لا يكون ضامناً قلت: فإن اشترط على المستسلف أنه غير ضامن أيبرأ؟ قال لا قلت: ويرد ما ليس بمضمون إلى أصله وما كان مضموناً إلى أصله ويبطل الشرط فيهما؟ قال نعم قلت وكذلك ينبغي أن تقول في العارية وكذلك شرط النبي ﷺ ولا يشترط أنها مضمونة لما لا يضمن قال فلم شرط؟ قلت لجهالة صفوان به، لأنه كان مشركاً لا يعرف الحكم، ولو عرفه ما ضره شرطه له قال: فهل قال هذا أحد؟ قلت: في هذا كفاية وقد قال ابن عباس وأبو هريرة: «إن العارية مضمونة». أمّا استعارته ﷺ من صفوان سلاحه: فحديث صفوان بن أمية، أنّ رسول الله ﷺ، استعار منه أدراعاً يوم حنين، فقال: «أغصب يا محمد؟ فقال: لا، بل عارية مضمونة» والبيهقي ٦/ ٨٩ والدارقطني ٣/ ٣٩ وأحمد ٣/ ٤٠١ والبغوي (٢١٥٤)، والحاكم ٢/ ٤٧.

(٣) سورة المائدة، الآية: ٢.

(٤) سورة النساء، الآية: ٧.

(٥) سورة الماعون، الآية: ٧.

وروى ابن أبي النجود عن شقيق، عن ابن مسعود رضي الله عنه قال: كُنَّا نَعُدُّ الْمَاعُونَ عَلَى عَهْدِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَارِيَةَ الدَّلْوِ وَالْقِدْرِ[١]. واختلف المفسرون في الماعون على خمس تأويلات:

أحدها: ما قاله ابن مسعود.

والثاني: أنه المعروف، وهذا هو قول محمد بن كعب القرظي.

والثالث: أنه المال بلسان قريش، وهذا قول ابن المسيب والزهري.

والرابع: أنه الزكاة وهو قول علي وابن عمر رضي الله عنهما، ومنه قول عبيد الراعي[٢]:

قَـوْمٌ عَلَـى الإِسْـلَامِ لَمَّـا تَمْنَعُـوا ... مَـاعُـونَهُـمْ وَيُضَيِّعُـوا التَّهْلِيـلَا

والخامس: أنه المنافع، وهو قول أبي جعفر الحميري، واستشهد عليه بقول أعشى بن ثعلبة[٣]:

بِـأَجْـوَدَ مِنْـهُ بِمَـاعُـونِـهِ ... إِذَا مَـا سَمَـاؤُهُـم لَـمْ تَغِـمْ

وروى إسماعيل بن عياش، عن شرحبيل بن مسلم قال: سمعت أبا أمامة الباهلي قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ وَالْمِنْحَةُ مَرْدُودةٌ وَالدَّيْنُ مَقْضِيٌّ مضمون، وَالزَّعِيمُ غَارِمٌ»[٤].

---

(١) حديث ابن مسعود: أخرجه أبو داود في الزكاة (١٦٥٧). والبغوي ٤/ ٣٦٥ـ٣٦٦.

(٢) راجع تفسير الطبري ٣٠/ ٣١٤ وقال: يعني بالماعون: الطاعة والزكاة.
وفي اللسان: الماعون المعروف كله. وقال ابن سيده: والماعون الطاعة والزكاة وعليه العمل. وراجع: مجاز القرآن ٢/ ٣١٣.

(٣) راجع: تفسير القرطبي: ٣٠/ ٣١٤. وفي هامشه: «أن البيت في قصيدة يمدح بها قيس بن معديكرب، يقول: ليس الفرات إذا أزبد وتلاطمت أمواجُه بأجود منه في وقت الجدب، حين تصحو السماء، وينقطع المطر. وقال أبو عبيدة في مجاز القرآن عند قوله تعالى: ﴿ويمنعون الماعون﴾ هو في الجاهلية كل منفعة وعطية، قال الأعشى: بأجود منه. . .. البيت».

(٤) حديث أبي أمامة: أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٦٥) وأبو داود (٣٥٦٥) وابن ماجة (٢٣٩٨) والبيهقي ٦/ ٨٨ وأحمد ٥/ ٢٦٧ والطيالسي (١١٢٨) والبغوي (٢١٦٢) وقال: حديث حسن.

وروى أبو هريرة أن النبي ﷺ قال: «مَا مِنْ صَاحِبِ إِبْلٍ لاَ يُؤَدِّي حَقَّهَا إِلاَّ جَاءَتْ يَوْمَ الْقِيَامَةِ بِقَاعٍ قَرْقَرٍ تَطَأُهُ بِخِفَافِهَا كُلَّمَا مَضَتْ أُخْرَاهَا عَادَتْ عَلَيْهِ أُولاَهَا» قيل: فما حقها؟ فما حق الإبل؟ قال: «يُعْطِي الْكَرِيمَةَ وَيَمْنَحُ الْغَزِيرَةَ وَيَعْقِرُ الظَّهْرَ وَيُطْرِقُ الْفَحْلَ وَيَسْقِي اللَّبَنَ»[١]. وروي أنه قال: «مِنْ حَقِّهَا إِعَارَةِ دَلْوِهَا وَإِطْرَاقِ فَحْلِهَا وَمَنْحِهِ لَبَنَهَا يَوْمَ وِرْدِهَا» فدل ما ذكرناه من ذلك على إباحة العارية. والله أعلم.

فصل: والعارية هي هبة المنافع مع استيفاء ملك الرقبة، وتفتقر إلى ثلاثة أشياء: معير، ومستعير، ومعار.

فأما المعير: فمن كان مالكاً مطلق التصرف، جاز أن يكون معيراً، ولا يجوز من غير مالك، ولا من ممنوع التصرف.

وأجاز أبو حنيفة للعبد المأذون له في التجارة أن يعير. وهذا خطأ، لأن الإذن بالتجارة لا يبيح التصرف في غير التجارة.

وأما المستعير: فمن صح منه قبول الهبة صح منه طلب العارية، لأنها نوع من الهبة. ومن لم يصح منه قبولها، لم يصح منها طلبها.

وأما المعار: فهو كل مملوك يصح الانتفاع به مع بقاء عينه من حيوان وغيره، ولا يصح فيما لا ينتفع به مع بقاء عينه كالمأكولات لاختصاصها بالمنافع دون الرقاب.

فصل: فأما الفضة والذهب فتنقسم ثلاثة أقسام:

قسم: يجوز إعارته وإجارته، وهو الحلي لإباحة الانتفاع به مع بقاء عينه.

وقسم: لا تجوز إعارته ولا إجارته، وهي الأواني المحظورة لتحريم الانتفاع بها مع بقاء عينها.

وقسم: يجوز إعارته، وفي جواز إجارته وجهان، وهو الدراهم والدنانير، لأن في التجمل بها نفعاً. والفرق بين العارية والإجارة وإن اختصا بملك المنفعة: إن حكم العارية أوسع من حكم الإجارة، لأنه يجوز أن يستعير ما يرهنه، ولا يجوز أن يستأجر ما يرهنه، ويجوز أن يستعير فحلاً لطرق ماشيته، ولا يجوز أن يستأجره لذلك، فلذلك صح أن يستعير الدراهم وإن لم يجز في أحد الوجهين أن يستأجرها.

---

(١) حديث أبي هريرة: سبق تخريجه في الزكاة.

فصل: فأما الحيوان فعلى أربعة أقسام:

أحدها: ما يجوز إعارته وإجارته. وهو كل مملوك كانت منفعته أبداً، كالدواب المنتفع بظهورها، والجوارح المنتفع بصيدها، والرقيق المنتفع باستخدامهم، فيجوز إعارتهم حتى الجواري، وتكره إذا كانت موسومة بالجمال أن يخلو بها في الاستخدام خوفاً من غلبة الشهوة، فإن وطئها كان زانياً وعليه الحد.

وقال داود: لا حد عليه، لأن ملك منافعها بالعارية أو الإجارة شبهة في إدراء الحد. وهذا خطأ، لأن تحريم إصابتها قبل العارية وبعدها على سواء، فوجب أن يكون فيما يتعلق به من الحد على سواء.

والقسم الثاني ما لا تجوز إعارته ولا إجارته، فهو نوعان:

أحدهما: ما كان محرماً.

والثاني: ما كانت منفعته عيناً.

فأما المحرم الانتفاع فالسباع والذئاب والكلاب غير المعلمة، فلا يجوز أن تعار ولا أن تؤجر. وأما ما كانت منفعته عيناً فذات الدّر من المواشي كالغنم، فلا يجوز أن تعار ولا أن تؤجر، لاختصاص العارية والإجارة بالمنافع دون الأعيان؛ لكن يجوز أن تمنح.

قال الشافعي رحمه الله: والمنحة أن يدفع الرجل ناقته أو شاته لرجل ليحلبها ثم يردها، فيكون اللبن ممنوحاً، ولا ينتفع فيها بغير اللبن.

وروى الشافعي، عن مالك، عن ابن الزناد، عن الأعرج عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «**الْمِنْحَةُ أَفْضَلُ الصَّدَقَةِ تَغْدُو بِإِنَاء وتَرُوحُ بِأَجْرٍ**»[١].

والقسم الثالث: ما يجوز إعارته ولا تجوز إجارته، وهو الفحول المعدة للطرق فيحرم إجارتها، لأن أخذ العوض عليها ثمن لعسبها، «وَقَدْ نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ ثَمَنِ عَسْبِ الْفَحْلِ»[٢] وتجوز إعارتها لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ ذَكَرَ فِي حَقِّ الإِبِلِ إِطْرَاقُ فَحْلِهَا وَمِنْحَةُ لَبَنِهَا يَوْم وِرْدِهَا».

---

(١) حديث أبي هريرة: «نعم المنيحةُ اللُّقحة الصَّفيُّ منحة، والشاة الصفيّ تغدو بإناء، وتروح بإناء». حديث أخرجه مالك في الموطأ، وأخرجه البخاري في الهبة (٢٦٢٩) و(٥٦٠٨).

(٢) سبق تخريجه في البيوع، البيوع المنهي عنها.

والقسم الرابع: ما تجوز إعارته وفي جواز إجارته وجهان، وهو ما انتفع به من الكلاب والفحل بغير الثمن، من ربط السفر والبهائم، لأن هذا نفع، ويكون الفرق بين إجارتها وإعارتها ما ذكرناه.

وإذا صحت إعادة البهائم دون إجارتها، فعلفها ومؤنتها على المالك دون المستعير والمستأجر، لأن ذلك من حقوق الملك.

فصل: وتمام العارية يكون بطلب المستعير وإجابة المعير، ثم بإقباض منه أو إذن بقبضه، فتكون موافقة للهبة في أنها لا تتم إلا بقبض، ومخالفة لها في صفة القبض. لأن قبض الهبة لا يصح إلا بإقباض من الواهب أو وكيله فيه، ولا يصح بالإذن في القبض من غير إقباض.

والفرق بينهما: أن قبض المستعير لا يزول به ملك المعير، فجاز أن يأذن بالتصرف فيه. والقبض في الهبة مزيل لملك الواهب، فلم تتم إلا بإقباض الواهب.

فصل: ثم العارية بعد القبض تامة وغير لازمة، لأنها عقد ارتفاق ومعونة، وسواء قدرها بمدة أم لا.

وقال مالك: إن قدرها المعير بمدة لزمه، ولم يكن له الرجوع قبل تقضيها. وإن لم يقدرها، لم يلزم ورجع فيها متى شاء ليكون لذكر المدة تأثير مفيد.

وهذا خطأ، لأن لزومها يخرجها عن حكم العارية إلى حكم الإجارة. ولو جاز أن يختلف حكمها بتقدير المدة في حق المعير، لاختلف في حق المستعير، وفائدة المدة منع المستعير من التصرف بعد مضي المدة. والله أعلم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من شروط العارية وتمامها بالقبض، فقد اتفق الفقهاء على أن ما تلف من أجزائها بالاستعمال غير مضمون على المستعير. واختلفوا في تلف عينها أن يكون مضموناً على المستعير على خمسة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه: أنها مضمونة سواء تلفت بفعل آدمي أو بجائحة سماوية، وبه قال من الصحابة: ابن عباس، وعائشة، وأبو هريرة رضي الله عنهم. ومن التابعين: عطاء، ومن الفقهاء: أحمد بن حنبل.

والمذهب الثاني: هو مذهب أبي حنيفة: أنها غير مضمونة عليه بالتعدي، وبه قال الحسن البصري، والنخعي، والثوري، والأوزاعي.

والمذهب الثالث: وهو مذهب مالك: إن كان مما يخفى هلاكه ضمن، وإن كان مما يظهر هلاكه لم يضمن.

والمذهب الرابع: وهو مذهب ربيعة: إن تلف بالموت لم يضمن، وإن تلف بغيره ضمن.

والمذهب الخامس: وهو مذهب أبي قتادة، وعبيد الله بن حسن العنبري، وداود: إن شرط ضمانها لزم، وإن لم يشترط لم يلزم.

واستدلوا على سقوط الضمان برواية: عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ: «لَيْسَ عَلَى الْمُسْتَعِيرِ غَيْرَ الْمُغِلِّ ضَمَانٌ»[1]. وهذا نص.

وبرواية عطاء بن أبي رباح عن صفوان بن يعلى، عن أبيه قال لي رسول الله ﷺ: «إِذَا أَتَتْكَ رُسُلِي فَاعْطِهِمْ ثَلاثِينَ دِرْعاً، وَثَلاثِينَ بَعِيراً فَقُلْتَ يَا رَسُولَ اللَّهِ أَعَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ أَمْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ؟ قَالَ بَلْ عَارِيَةٌ مُؤَدَّاةٌ»[2]. فقد نفى الضمان عنها، فلم يجز أن يتوجه إليها.

قالوا: ولأنه مستعار تلف بغير تفريط، فوجب ألا يضمنوا المستعير قياساً على تلف الأجزاء.

قالوا: ولأن ما لم تكن أجزاؤه مضمونة، لم تكن جملته مضمونة، كالودائع طرداً والغصوب عكساً.

ودليلنا: رواية قتادة، عن الحسن عن سمرة عن النبي ﷺ أنه قال: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّي»[3] ففيه دليلان:

أحدهما: أنه جعل عليها ما أخذت، وهذا تضمين.

والثاني: أنه واجب الأداء، وذلك بمقتضى عموم الحالين من قيمة وعين.

وروى شريك عن عبد العزيز بن رفيع، عن أبيه، عن أمية بن صفوان بن أمية، أن

---

(١) حديث ابن عمرو: أخرجه الدارقطني ٣/ ٤١ وقال: عمرو وعبيدة ضعيفان وإنما يروى عن شريح القاضي غير مرفوع. وأخرجه البيهقي وضعّفه، أيضاً، وصحح وقفه على شريح.

(٢) حديث صفوان: أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥٦٦). والبيهقي ٦/ ٨٩.

(٣) حديث سمرة: أخرجه الترمذي في البيوع (١٢٦٦) وقال: حديث حسن صحيح، وأبو داود (٣٥٦١) وابن ماجة (٢٤٠٠)، والدارمي ٢/ ٢٦٤، والبيهقي ٦/ ٩٠ وأحمد ٥/ ٨ وصححه الحاكم ٢/ ٤٧ ووافقه الذهبي. ومدار إسناده على سماع الحسن من سمرة.

رسول الله ﷺ اسْتَعَارَ مِنْهُ دِرْعَاً يَوْمَ حُنَيْنٍ فَقَالَ: أَغَصْبٌ يَا مُحَمَّد؟ فَقَالَ: «بَلْ عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ»[1] فوصفها بالضمان بيان لحكمها عند جهله به.

فإن قيل: هو محمول على ضمان الرد كالودائع التي هي مضمونة الرد وليست مضمونة العين، قيل: إطلاق القول يتناول ضمان الأعيان، ولذلك امتنع أن يطلق على الأمانات المؤداة حكم الضمان. على أنه قد روي عنه ﷺ أنه قال: «عَارِيَةٌ مَضْمُونَةٌ مُؤَدَّاةٌ» فكان الأداء محمولاً على الرد، والضمان على التلف.

وروى خالد عن حميد عن أنس رضي الله عنه «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَانَ عِنْدَ بَعْضِ نِسَائِهِ فَأَرْسَلَتْ إِحْدَى أُمَّهَاتُ الْمُؤْمِنِينَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا بِقَصْعَةٍ فِيهَا طَعَامٌ، فَضَرَبَتْ بِيَدِهَا فَكَسَرَتِ الْقَصْعَةَ، فَأَخَذَ النَّبِيُّ ﷺ قَصْعَتَهَا الَّتِي فِي بَيْتِهَا وَدَفَعَهَا بَدَلاً مِنَ الْقَصْعَةِ الْمَكْسُورَةِ، لولا أن ضمان العارية واجب، لما استجاز أن يدفع ما لها بدلاً.

ثم الدليل من طريق المعنى: أنها عين تفرد باحتباسها لنفسه من غير استحقاق، فوجب أن تكون من ضمانه كالقرض. ولأنه مقبوض لم يزل ملك صاحبه، فوجب أن يكون من ضمان من تعجل الانتفاع به، كالإجارة والوديعة. لأن تعجيل النفع المودع والمؤجر لما يتعجله من استحقاق الأجرة، وفي العارية للمستعير. ولأنه مضمون الرد، فوجب أن يكون مضمون العين كالغصب. ولأن الغاصب لو أعار كان المستعير منه ضامناً، ولو أودع كان المستودع منه غير ضامن، لأن المستودع لو أغرم رجع على الغاصب، والمستعير إذا غرم لم يرجع على الغاصب، وكذلك إذا كان مقبوضاً من المالك. ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أن كل قبض وقع من غير المالك مضموناً، وقع من المالك مضموناً، كالغصب طرداً والوديعة عكسا.

والثاني: أنه مستعار، فوجب أن يكون مضموناً، قياساً على المستعير من الغاصب.

وأمّا الجواب عن قوله عليه السلام: **«ليس على المستعير غير المغلّ ضمان»** فمن وجهين:

أحدهما: أنه محمول على ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال. وهذا وإن كان تخصيصاً فلما عارضه من الأخبار المخصصة.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) حديث أنس: أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥٦٧) وفيه «فأخذ النبي ﷺ الكسرتين، فضمّ إحداهما إلى الأخرى فجعل يجمع فيها الطعام ويقول: «غارت أمّكم» وزاد ابن المثنى: «كلوا» فأكلوا حتى جاءت قصعتها التي في بيتها... والبيهقي ٦/٩٦.

والثاني: أن المغل في هذا الموضع ليس بمأخوذ من الخيانة، والغلول إنما هو مأخوذ من استغلال الغلة. يقال: قد أغل فهو مغل، إذا أخذ الغلة. قال زهير بن أبي سلمى[1]:

فَتُغْلِلْ لَكُمْ مَا لا تُغِلُّ لأَهْلِهَا ... قُرًى بِالعِرَاقِ مِنْ قَفِيزٍ وَدِرْهَمِ

فيكون معنى الخبر: لا ضمان على المستعير غير المغل، أي: غير القابض، لأنه بالقبض يصير مستغلاً وهذا صحيح.

فأما الجواب عما روي أنه عليه السلام: سئل أعارية مضمونة، أو عارية مؤداة؟ فقال: «بل عارية مؤداة» فهو أن معناه: أعارية مضمونة بالبدل، أو مؤداة العين، استعلاماً لحكمها: هل توجد على طريق البدل والمعاوضة، أو على طريق الرد والأداء؟ فأخبر أنها مؤداة العين، لا يملكها الآخذ بالبدل، فلم يكن فيه تغيير للضمان.

وأما الجواب عن قياسهم على تلف الأجزاء فهو: أن تلف الأجزاء بغير الاستعمال مضمون كالجملة، وإنما تلفها بالاستعمال المأذون فيه، كالثوب المستعار إذا بلي باللبس لم يضمنه المستعير، والمعنى فيه: أنه أتلفه بإذن مالكه، فسقط عنه ضمانه، والعارية تلفت بغير إذن المالك ورضاه، فوجب عليه ضمانها. ولو أذن له في إتلافها لسقط عنه ضمانها كالأجزاء، ولو تلفت الأجزاء بغير اللبس المأذون فيه كالثوب إذا نقل فيه تراباً أو شد فيه متاعاً، ضمن كالعارية، فصارت الأجزاء والجملة على سواء، ففيه جواب عن القياسين معاً والله أعلم.

فصل: فإذا ثبت وجوب ضمانها، فلا يخلو حالها إذا تلفت من أحد أمرين: إما أن يكون لها مثل، أو لا يكون لها مثل.

فإن لم يكن لها مثل، ضمنها بالقيمة وفيها وجهان:

أحدهما: يضمن قيمتها يوم التلف، لسقوط ضمان الأجزاء التالفة بالاستعمال.

والوجه الثاني: أنه يضمن أكثر قيمتها من حين القبض إلى حين التلف كالغصب، وتصير الأجزاء تبعاً للجملة، إن سقط ضمانها بالرد سقط غرم الأجزاء، وإن وجب ضمانها بالتلف وجب غرم الأجزاء تبعاً. وإن كانت للعارية مثل، ففي ما يضمنها به وجهان، بناءاً على صفة ضمان ما لا مثل له:

(١) زهير بن أبي سلمى: سبق التعريف به، وهو من شعراء المعلقات، والبيت من معلقته.

أحدهما: يضمنها بالمثل إذا جعل ضمانها في أكثر الأحوال كالغصب.

والثاني: يضمنها بالقيمة إذا جعل ضمانها وقت التلف.

فأما ولد العارية إذا حدث في يد المستعير، ففي وجوب ضمانه عليه وجهان:

أحدهما: عليه ضمانه، لأن ولد المضمونة مضمون، كالمغصوبة.

والوجه الثاني: لا ضمان عليه، لأن معنى الضمان في الأم معدوم في الولد، بخلاف الغصب، لأن ولد العارية لا يكون معاراً، وولد المغصوبة يكون مغصوباً.

فأما قول الشافعي رضي الله عنه في موضع من كتاب الإجارات: إن العارية غير مضمونة إلا بالتعدي، فليس بقول ثان في سقوط ضمانها كما وهم فيه الربيع، وهو محمول على أحد ثلاثة أوجه:

إما على سقوط ضمان الأجرة، أو على ضمان الأجزاء أو حكاية عن مذهب غيره كما قال: يجوز نكاح المحرم، حكاية عن مذهب غيره، وإن لم يقله مذهباً لنفسه. والله أعلم.

مسألة: **قَالَ الْمَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ قَالَ رَبُّ الدَّابَّةِ أَكْرَيْتُكَهَا إِلَى مَوْضِعِ كَذَا وَكَذَا، وَقَالَ الرَّاكِبُ: بَلْ عَارِيَةٌ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الرَّاكِبِ مَعَ يَمِينِهِ. وَلَوْ قَالَ: أَعَرْتَنِيهَا وَقَالَ رَبُّهَا: غَصَبْتَنِيهَا، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْمُسْتَعِيرِ. قال المزني: هَذَا عِنْدِي خِلَافُ أَصْلِهِ، لِأَنَّهُ يَجْعَلُ مَنْ سَكَنَ دَارَ رَجُلٍ كَمَنْ تَعَدَّى عَلَى سِلْعَتِهِ فَأَتْلَفَهَا، فَلَهُ قِيمَةُ السُّكْنَى. وَقَوْلُهُ: مَنْ أَتْلَفَ شَيْئاً ضَمِنَ، وَمَنْ ادَّعَى الْبَرَاءَةَ لَمْ يَبْرَأْ)**[1].

قال الماوردي: وجملة هذه المسألة أن الكلام يشتمل فيها على أربعة فصول:

فالفصل الأول: هو أول مسطور منها، صورته: في رجل ركب دابة غيره ثم اختلفا، فقال المالك: أجرتكها فلي الأجرة، وقال الراكب أعرتنيها فليس لك أجرة، فالذي نص عليه الشافعي في كتاب العارية: أن القول قول الراكب دون المالك، وقال في كتاب المزارعة: إذا اختلف رب الأرض وزارعها، فقال ربها: أجرتكها، وقال الزارع: أعرتنيها، إن القول قول المالك.

فاختلف أصحابنا لاختلاف هذا الجواب، فكان أبو إسحاق المروزي وأبو علي بن

(١) مختصر المزني: ص ١١٦ وتتمة المسألة: «فهذا مقرٌّ بأخذ سكنى وركوب دابة ومدّعٍ البراءة، فعليه البينة، وعلى المنكر ربّ الدابة والدار اليمينُ، ويأخذ بالقيمة».

أبي هريرة وجمهورهم ينقلون جواب كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى، ويخرجونها على قولين:

أحدهما: وهو اختيار المزني والربيع: أن القول قول المالك في الدابة والأرض على ما نص عليه في المزارعة، وله الأجرة. ووجهة ما ذكره المزني وهو: أن المنافع المملوكة تصح المعاوضة عليها كالأعيان، ثم ثبت أنه قد اختلفا في العين بعد استهلاكها، فقال ربها: بعتها لك، وقال المستهلك: بل وهبتنيها إليَّ، أن القول قول المالك دون المتلف، وله البدل. كذلك إذا اختلفا في المنفعة، يجب أن يكون القول قول المالك دون المتلف، وله الأجرة.

والقول الثاني: أن القول قول الراكب والزارع في الدابة والأرض معاً، على ما نص عليه في العارية ولا أجرة عليه.

ووجهته: هو أنهما متفقان على أن المتصرف قد استهلك منافع نفسه، إما بعارية، أو إجارة. ومن ادعى ثبوت عوض على غيره في استهلاك منافعه لم يقبل منه، وخالف استهلاك العين التي قد اتفقا على أنها كانت ملكاً لربها دون مستهلكها، وفي هذا انفصال عما ذكره المزني توجيهاً.

وقال أبو العباس بن سريج: ليس ذلك على اختلاف قولين، وإنما الجواب على ظاهره في الموضعين، فيكون القول في الدابة قول راكبها، وفي الأرض قول مالكها، اعتباراً بالعرف فيها؛ لأن العادة في الدواب جارية بإعارتها دون إجارتها، فكان الظاهر في العادة تشهد لراكبها. والعادة في الأرض جارية بإجارتها دون إعارتها، فكانت العادة شهادة لمالكها. وهذه طريقة لأبي العباس تعتبر العرف والعادة فيها، وليست مذهباً للشافعي رضي الله عنه، لأن من يؤجر قد يعير، ومن يعير قد يؤجر.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا، فإن قلنا: إن القول قول رب الدابة والأرض مع يمينه، فإذا حلف فله الأجرة ففيها وجهان:

أحدهما: أنه القدر الذي سماه لأنه قد جعل القول قوله فيه.

والوجه الثاني: وهو أصح: أن له أجرة المثل، لأنهما لو اختلفا في الأجرة مع اتفاقهما على الإجارة، لم يقبل قول المؤجر فيها، فأولى ألا يقبل قوله مع اختلافهما فيها.

فإن نكل المالك عن اليمين، لم ترد على المتصرِّف المستعير لأن ردها لا يفيد، لأن الأجرة ساقطة عنه بنكول المالك.

وإن قلنا: إن القول قول الراكب مع يمينه، فإن حلف بريء من الأجرة، ورد الدابة. وإن نكل، ردت اليمين على المالك ليستحق ما ادعاه من الأجرة، فإذا حلف فله المسمى وجهاً واحداً، لأن يمينه بعد النكول: إما أن تجري مجرى البينة، أو الإقرار. وأيهما كان، فيوجب الحكم بالمسمى.

فصل: فلو كانت الدابة قد تلفت بعد الركوب ثم اختلفا، فالمالك يدَّعي الأجرة دون القيمة، والراكب يقر بالقيمة دون الأجرة، فإن قلنا: إن القول قول المالك، حكم له بالأجرة وحدها دون القيمة، لأنه لا يدعيها. وإن قلنا: إن القول قول الراكب، فهل يلزمه للمالك أقل الأمرين من الأجرة أو القيمة؟ على وجهين:

أحدهما: يحكم له به، لاتفاقهما على استحقاقه.

والوجه الثاني: لا يحكم له بشيء منها، لأنه لا يدعي القيمة، ولا يستحق الأجرة.

فصل: والفصل الثاني: وهو أن يقول: المالك غصبتنيها، ويقول الراكب: أعرتنيها. فهذا الاختلاف مؤثر في الأجرة دون القيمة، لأن العارية مضمونة كالغصب، وأجرة العارية غير مضمونة بخلاف الغصب.

فإن كان هذا قبل الركوب، سقط تأثير هذا الاختلاف. وإن كان بعد الركوب، فالذي نقله المزني ها هنا: أن القول قول المستعير. فاختلف أصحابنا، فكان أبو علي بن أبي هريرة يخرجها على قولين كالمسألة الأولى لاستوائها في العلة، ويجعل ما نقله المزني ها هنا أحد القولين. وذهب آخرون من أصحابنا: إلى أن القول في هذه المسألة قول المالك قولاً واحداً.

والفرق بين هذه المسألة والتي قبلها: أن في اختلافهما في العارية والإجارة اتفقا على أن الراكب مالك للمنفعة، فجاز أن لا يقبل قول المالك في الأجرة. ولم يتفقا على مثل ذلك في هذه المسألة، لأن المالك يقول: أتلفت أيها الراكب منفعتي بغير حق، والراكب يقول: أتلفتها مستعيراً بحق، فلم يصدق. فمن قال بهذا أجاب عما نقله المزني بجوابين:

أحدهما: أنه زلل من المزني وسهو.

والثاني: تسليم الرواية واستعمالها على أحد تأويلين: إما على أن القول قول المستعير في قدر الأجرة، وإما على أن القول قول المستعير في أن لا يلزمه الضمان إلا في العارية دون الغصب.

وهذا تأويل من فرق بين ضمان العارية وضمان الغصب. فعلى هذا، لو تلفت الدابة ضمن قيمتها، وكانت الأجرة على ما مضى. والله أعلم.

فصل: والفصل الثالث: أن يقول رب الدابة: أعرتكها، ويقول الراكب: استأجرتها. فتأثير هذا الاختلاف من وجهين:

أحداهما: في ضمان رقبتها، لأن العارية مضمونة، والمؤاجرة غير مضمونة. فإن كانت الدابة باقية، سقط هذا الاختلاف.

والثاني لزوم ركوبها تلك المدة. فإن كانت الدابة تالفة، أو المدة منقضية، سقط تأثير هذا الاختلاف، فيكون القول قول المالك مع يمينه أنه ما أجرها، لأن الراكب يدعي عليه عقداً في إجارتها. فإن كانت الدابة قائمة أخذها ولا أجرة له، لأن الراكب وإن أقرّ بها فالمالك لا يدعيها. وإن كانت تالفة، كان له الرجوع على الراكب بقيمتها لأنها تالفة في يده، وهو يدعي بالإجارة استيماناً فلم تقبل دعواه، ولزمه غرم القيمة.

وإن لم تكن لمدة الركوب أجره، وإن لم يحكم للمالك بالقيمة إلا بعد يمينه بالله تعالى أنه ما أجرها ولقد أعارها إلا أن تنقضي المدة، فيحلف بالله لقد أعارها، ولا يحلف ما أجرها لتقضي زمان الإجارة. وإن كان لمدة الركوب أجرة، فهي بقدر القيمة فصاعداً، فهل يجب على المالك يمين يستحق بها القيمة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يمين عليه، لأن الراكب مقر به أجرة والمالك يدعي قيمة، فصارا متفقين على استحقاقه، وإن اختلفا في سببه، فسقطت اليمين فيه.

والوجه الثاني: عليه اليمين، لأنه قد أسقط حقه في الأجرة، فلم يؤثر إقرار الراكب بها. وهو يدعي القيمة، والراكب منكر لها، فإذا حكم له بدعواه لما ذكرنا من التعليل لم يثبت إلا باليمين.

فصل: والفصل الرابع: وهو أن يقول المالك: غصبتنيها، ويقول الراكب: أجرتنيها، فتأثير هذا الاختلاف من وجهين:

أحدهما: في ضمان الرقبة. لأن المغصوب مضمون، والمؤاجرة غير مضمونة. فإن كانت العين باقية، سقط تأثير هذا الاختلاف.

والثاني: في لزوم المدة فإن كانت المدة. قد انقضت، أو الدابة قد هلكت، سقط تأثير هذا الاختلاف. وإذا كان كذلك، فالقول قول المالك مع يمينه أنه ما أجره، ويصير الراكب ضامناً للدابة والأجرة، فيأخذها المالك بغير يمين، إلا أن تكون أجرة المثل أكثر من المسمى الذي أقر به الراكب، فلا يستحق الزيادة إلا بيمين. وأما القيمة فلا يستحقها إلا بيمين.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَمَنْ تَعَدَّى فِي وَدِيعَةٍ ثُمَّ رَدَّهَا إِلَى مَوْضِعِهَا الَّذِي كَانَتْ فِيهِ ضَمِنَ، لأَنَّهُ أَخْرَجَ مِنَ الأَمَانَةِ بالتعدّي وَلَمْ يُحْدِثْ لَهُ رَبُّ الْمَالِ اسْتِيمَاناً فَلاَ يَبْرَأُ حَتَّى يَدْفَعَهَا إِلَيْهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا تعدى المودع في الوديعة كالدابة يركبها، أو كالثوب يلبسه، أو كالدراهم يخرجها للنفقة، ضمنها. فإن كف عن التعدي، ورد الوديعة إلى الحرز، لم يسقط عنه الضمان، سواء ردها أو مثلها.

وقال أبو حنيفة: إن ردها بعينها أو رد مثلها كالدراهم التي أنفقها، سقط عنه الضمان، ولا يجعل إخراجها للنفقة تعدياً قبل الإنفاق.

وقال مالك: إن ردها بعينها سقط عنه الضمان، وإن رد مثلها بعد الاستهلاك لم يسقط عنه الضمان.

واستدلوا على سقوط الضمان بأن النبي ﷺ قال: «النَّدَمُ تَوْبَةٌ»[2] فاقتضى أن يكون ذلك رافعاً لحكم ما تقدم.

قالوا: ولأن الحكم إذا ثبت لعلة، وجب أن يرتفع بزوالها، كالخمر يحرم بحدوث

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٦.

(٢) حديث ابن مسعود: أخرجه ابن حبان ـ في الإحسان ـ (٦١٢) وفيه انقطاع بين خيثمة وابن مسعود. وقال محقق الإحسان: وله طريق آخر موصول يصحّ به عند الحميدي (١٠٥) وأحمد ١/ ٣٧٦، والبغوي (٢٣٠٧)، وصححه الحاكم ٤/ ٢٤٣ ووافقه الذهبي. وعند ابن ماجة (٤٢٥٢) وأحمد ١/ ٤٣٣ وأبو نعيم في الحلية ٨/ ٣١٢ وأخرجه ابن حبان بإسناد ضعيف من حديث أنس (٦١٣) والحاكم ٤/ ٢٤٣ وقال الذهبي: هذا من مناكير يحيى.

الشدة المطربة، ثم يرتفع تحريمها بارتفاع الشدة المطربة، فلما كان التعدي موجباً للضمان، وجب أن يكون زوالها بالتعدي موجباً لسقوط الضمان.

قالوا: ولأنه قد يضمن الوديعة بالتعدي كما يضمن المحرم الصيد بالإمساك، فلما سقط ضمان الصيد بالإرسال لزوال موجبه، وجب أن يسقط ضمان الوديعة بترك التعدي لزوال موجبه.

قالوا: ولأن هذا مبني على أصلين ينتقل الكلام إليهما عند النزاع.

أحدهما: أن يد المودع كيد المودع. بدليل أن الغاصب إذا أودع المغصوب فتلف في يد المودع، ثم أغرم القيمة، رجع بها على الغاصب. وإن كان تلفها في غير يده، لأن يد المودع كيده، فوجب أن يكون عود الوديعة بعد التعدي إلى حرز المودع، كعودها إلى حرز المودع في سقوط الضمان.

والأصل الثاني: أن الأمر بالشيء لا يقتضي التعدي فيه زوال الأمر به، بدليل أن الوكيل في بيع عبد أو جارية، لو شجَّ أو زنا بالجارية، لم ينعزل عن الوكالة، وجاز بيعه بعد التعدي لجوازه من قبل، فاقتضى أن يكون إحراز الوديعة بعد التعدي كإحرازها قبل.

والدليل على بقاء الضمان: رواية قتادة عن الحسن، عن سمرة، عن النبي ﷺ «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّي»[1] فاقتضى أن يكون الأداء على عمومه مستحقاً. ولأن الوديعة تضمن بالتعدي تارة وبالجحود أخرى، فلما كان لو ضمنها بالجحود ثم اعترف لم يسقط عنه الضمان، وجب إذا ضمنها بالتعدي ثم كف أن لا يسقط عنه الضمان.

وتحريره قياساً: أن ما أوجب ضمان الوديعة لم يسقط بزواله كالجحود، ولأنه لو ضمنها بالمنع لم يسقط عنه الضمان بالكف، لأنه بالمنع غير متصرف، وبالتعدي متصرف، ويتحرر من القياس الأول من طريق الأولى.

ولأن الأموال قد تضمن بالتعدي مع الإيداع، كما تضمن بالتعدي من غير إيداع. ثم ثبت أن من أخذ مال رجل من حرزه بغصب أو سرقة فضمن، لم يسقط عنه الضمان برده إلى حرزه، فوجب إذا ضمن الوديعة بإخراجها من الحرز أن لا يسقط عنه الضمان بردها إلى الحرز.

(١) حديث سمرة: سبق تخريجه.

وتحريره قياساً: أنه مال وجب ضمانه بهتك الحرز، فوجب أن لا يسقط ضمانه بعوده إلى الحرز، كالمغصوب والمسروق. ولأن الأصول مقررة على أن يد الإنسان تبرئه من ضمان تعلق بذمته، ألا تراه لو كان عليه طعام من سلم فأمره المالك بأن يقبضه له من نفسه لم يجز، لأنه يصير مبرئاً لنفسه بنفسه؟ كذلك ضمان الوديعة قد وجب عليه لغيره، فلم يسقط عنه بكفه لما فيه من إبراء نفسه بنفسه.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «النَّدَمُ تَوْبَةٌ» فهو أن التوبة تختص برفع الآثام، دون الأحكام.

وأما الجواب عن استدلالهم بأن ما وجب لعلة زال بزوالها، فهو: أنه لو سلم لهم في الوديعة خصوصاً أن ينتقص بالجحود والمنع الزائلين مع بقاء ضمانهما، لكان مردوداً من حيث أن ما أوجب الضمان من التعدي لم يزل، وإنما كف عن استدامته.

وأما الجواب عما استدلوا به من إرسال الصيد، فهو: أنه لما لم يتعين بلزوم رده إليها، صار إرساله جارياً مجرى ردّ الوديعة إلى مالكها.

وأما الجواب عن بنائهم ذلك على أصلين، فهو: أن الأصلين غير مسلمين:

أما الأول: منهما يد المودع كيد المودع فخطأ، لأن ركوب المودع لا يوجب الضمان، وركوب المودع يوجب الضمان، ولو تساوت أيديهما لسقط الضمان فيهما.

وأما الثاني: منهما في أن التعدي في المأمور لا يقتضي زوال الآمر، كالوكيل إذا شج العبد أو زنا بالجارية، ففيه لأصحابنا وجهان:

أحدهما: قد زالت وكالته وبطل بيعه، كالوديعة في بطلان استيمانه بالتعدي.

والوجه الثاني: أن وكالته صحيحة وبيعه جائز، لأنه موكل في البيع، والبيع لم يقع فيه تعد، ولو تعدى فيه كان باطلاً. وليس كذلك المودع، لأنه مؤتمن، فإذا تعدى لم يكن مؤتمناً.

فصل: فإذا ثبت ما ذكرناه من الضمان، فقد قال الشافعي رحمه الله: لا يبرأ حتى يدفعها إليه أو يحدث له استيماناً. فلا يختلف أصحابنا: أنه متى ردها إلى مالكها أو إلى وكيله في قبضها برىء، فإن استأنفه دفعها إليه ثانية لم يضمن. فأما إن أبرأه المالك من ضمانها، ففيه وجهان:

أحدهما: يبرأ ويزول عنه الضمان استدلالاً بقول الشافعي رحمه الله، أو يحدث له استيماناً لأن من كان قبضه إبراء صح منه الإبراء.

والوجه الثاني: أنه لا يبرأ من الضمان لعلتين:

إحداهما: أن البراءة لا تصح في الأعيان، وإنما تختص بالذمم.

والثانية: أنه إبراء من بدل لم يجب. ويكون تأويل قول الشافعي رضي الله عنه: أو يحدث له استيماناً، يعني: استيمان وكيل في القبض. فلو أن المالك أذن له في ردها إلى الحرز بعد التعدي، كان في سقوط الضمان وجهان كالإبراء.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِذَا أَعَارَهُ بُقْعَةً يَبْنِي فِيهَا بِنَاءً، لَمْ يَكُنْ لِصَاحِبِ الْبُقْعَةِ أَنْ يُخْرِجَهُ. حَتَّى يُعْطِيَهُ قِيمَةَ بِنَائِهِ قَائِماً يَوْمَ يُخْرِجُهُ. وَلَوْ وَقَّتَ لَهُ وَقْتاً، وَكَذَلِكَ لَوْأَذِنَ لَهُ فِي الْبِنَاءِ مُطْلَقاً، وَلَكِنْ لَوْ قَالَ له: إذا انْقَضَى الْوَقْتُ كَانَ عَلَيْكَ أَنْ تَنْقُضَ بِنَاءَكَ، كَانَ ذَلِكَ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ لَمْ يَغُرَّهُ إِنَّمَا غَرَّ نَفْسَهُ»[١].

قال الماوردي: وهذا كما قال. اعلم أن إعارة الأرض للزرع والغرس والبناء جائز، لأنها منفعة يصح أن تملك بالإجارة، فصح أن تملك بالإعارة كالسكن. وإذا كان كذلك، فلا يخلو حال من أعار أرضاً من أحد أمرين:

إما أن يعين على المنفعة، أو لا يعين عليها. فإن لم يعين عليها، صحت العارية وكانت محمولة في الانتفاع بها على العادة الجارية في مثلها، ولا يصح إطلاق الإجارة إلا أن يعين على المنفعة خصوصاً وعموماً.

والفرق بينهما: أن في الإجارة عوضاً تنتفي عنه الجهالة، ولذلك لزم تقدير المنفعة بالمدة. وليس في العارية عوض، فلم يمتنع فيه الجهالة، كما لا يمتنع إطلاق المدة. وإن عين المعير على المنفعة، فلا يخلو من: أن يعم، أو يخص.

فإن عمَّ فقال: قد أعرتك لتصنع ما شئت من غرس أو بناء أو زرع، فأيهما فعل جاز، وكذلك لو جمع بين سائرها.

وإن خص فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يأذن له في الزرع، فله أن يزرع وليس له أن يغرس، ولا أن يبني، لأن

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٦.

الغرس والبناء أضر للأرض من الزرع، وقد قال النبي ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَار»[١] فلو غرس أو بنى كان متعدياً، وللمعير أن يأخذه بقلع غرسه وبنائه وبأجرة المثل كالغصب.

والحال الثانية: أن يأذن له في الغرس. فله أن يغرس ويزرع، لأن ضرر الزرع أقل من ضرر الغرس، وفي جواز البناء وجهان:

أحدهما: يجوز، لأن البناء كالغرس في الترك والضرر.

والوجه الثاني: لا يجوز، لأن البناء أدوم من الغرس وأبقى، فكان ضرره أكثر.

والحال الثالثة: أن يأذن له في البناء، فله أن يبني ويزرع ويغرس، لأن البناء أبقى، فكان ضرره أعم.

فصل: فإذا تقرر ما وصفنا من حالة العارية وصفة الإذن فيها، جاز له أن يتصرف فيها بنفسه أو وكيله، ولم يجز أن يؤجرها، لأن الإجارة لازمة، والعارية غير لازمة، وفي جواز إعارتها وجهان:

أحدهما: يجوز أن يعير، كما يجوز للمستأجر أن يؤجر.

والوجه الثاني: لا يجوز أن يعير وهو الصحيح، لأنه مخصوص بإباحة المنفعة، فلم يجز أن يبيحها لغيره، كما لو أبيح له أكل لم يجز أن يبيحه لغيره.

فعلى هذا، إن قلنا: بجواز ذلك على الوجه الأول، كان للمعير الأول والثاني أن يرجع على المستعير الثاني. فإن رجع بها المعير الأول، بطلت العاريتان معاً. وإن رجعا بها المعير الثاني، كانت العارية الأولى على حالها.

وإن قلنا ببطلان ذلك على الوجه الثاني، كان المستعير غاصباً للإعارة، واستحق المعير المالك المطالبة بالأجرة؛ وهو بالخيار بين مطالبة الثاني بها، أو الأول. فإن أخذها من الأول، فهل له الرجوع بها على الثاني أم لا؟ على قولين.

وهكذا لو أخذها من الثاني، فهل يرجع بها على الأول أم لا؟ على قولين، بناء على اختلاف قوليه فيمن أباح أكل طعام غصبه فأغرم الآكل قيمته: هل يرجع الآكل على الغاصب بما غرمه، أم لا؟ على قولين نذكرهما في كتاب الغصب.

فصل: فإذا قبض المستعير الأرض للغرس والبناء، ثم رجع للمعير، فإن كان رجوعه

---

(١) سبق تخريجه.

قبل الغرس والبناء منع المستعير من غرسها وبنائها، فإن بنى بعد رجوعه أو غرس كان في حكم الغاصب، فيؤاخذ بقلع الغرس والبناء مع أجرة المثل وتسوية الأرض. فإن رجع المعير بعد الغرس والبناء، لم يكن له إحداث زيادة في غرسه وبنائه، فإن أحدث زيادة في غرسه وبنائه، فإن أخذ بقلها فأما ما تقدم من الغرس والبناء قبل الرجوع فللمعير حالتان:

أحدهما: أن يكون قد شرط على المستعير حين أعاره أن يقلع غرسه وبناءه عند رجوعه، فيؤخذ المستعير بقلع ذلك للشرط المتقدم، لقول رسول الله ﷺ: «الْمُؤْمِنُونَ عِنْدَ شُرُوطِهِمْ»(١) ولأن رضاه بهذا الشرط التزام للضرر الداخل عليه بالقلع، فكان هو الضار لنفسه، ولم يكن مضروراً بغيره.

والحال الثانية: ألا يشترط المعير على المستعير القلع بعد الرجوع، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قيمة الغرس والبناء مقلوعاً كقيمته قائماً أو أكثر، فيؤاخذ المستعير بالقلع، لأن العارية لا تلزم، والضرر بالقلع مرتفع.

والضرب الثاني: أن تكون قيمته مقلوعاً أقل. فإن بدل المعير قيمته قائماً، أو بدل نقص ما بين قيمته مقلوعاً وقائماً، منع المستعير من إقراره حينئذ، وخير بين: قلعه أو أخذ قيمته، أو أرش نقصه. لأن ما يخافه من النقص بالقلع قد زال ببذل القيمة أو الأرش.

فلو بذل المستعير قيمة الأرض، وبذل المعير قيمة الغرس، كان المعير أحق من المستعير لأمرين:

أحدهما: أن الأرض أصل والغرس تبع، فكان ملك الأصل أقوى.

والثاني: أنه أسبق ملكاً، وقيل للمستعير: لا يجوز مع زوال الضرر عن أن يدخل الضرر على المعير بالترك، فإن أخذت القيمة وإلا أجبرت على القلع. فإذا قلع، فهل تلزمه تسوية الأرض بعد القلع أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يلزمه، لأنه مأذون فيه، فأشبه بلي الثوب باللبس.

والوجه الثاني: يلزمه ذلك، لأنه قلع باختياره بعد زوال العارية من غير أن يلجأ إليه، فصار مأخوذاً بنقصه.

---

(١) سبق تخريجه.

فصل: فأما إن امتنع المعير من بذل قيمة الغرس، وامتنع المستعير من القلع، فقد اختلفوا في حكمه على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو قول أبي حنيفة: إنه يؤخذ بالقلع سواء كانت مدة العارية مقدرة أو مطلقة، لقوله ﷺ: «الْعَارِيَةُ مُؤَدَّاةٌ»[1].

والثاني: وهو قول أبي إبراهيم المزني: إنه إن كانت العارية مطلقة ترك، وإن كانت مقدرة بمدة قلع بعدها فرقاً بين المطلقة والمقدرة، لأنه المقصود في اشتراط المدة.

والثالث: وهو مذهب الشافعي رحمه الله: إنه مقر ولا يجبر على القلع إذا بذل الأجرة بعد الرجوع من العارية، لقوله ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»[2] والمستعير ليس بظالم، فلم يجز أن يؤخذ بالقلع كالظالم. لأن العارية ارتفاق ومعونة، فلو أوجبت الإضرار بالقلع لخرجت عن حكم الإرفاق إلى حكم العدوان والضرر.

فصل: فإذا ثبت أن الغرس والبناء مقر، فإقراره مشروط ببذل الأجرة وإقامة المُعير على المبيع من بذل القيمة، فصار إقراره مستحقاً بهذين الشرطين. فإن أجاب المعير من بعد إلى بذل القيمة، أو امتنع المستعير من بدل الأجرة، أجبر على القلع لأنه لا يجوز أن يدخل الضرر على المعير بتفويت الأجرة؛ وما استدام الشرطان وجب الإقرار، ولم يكن للمستعير منع المعير من دخول أرضه. وإن كان مستطيلاً بغرسه وبنائه، لأن الأجرة مأخوذة على إقرار الغرس والبناء.

فأما البياض الذي بين أثنائه فليس بمشغول بملك المستعير، فلم يجز منع المعير منه، وإن بذلت له الأجرة عنه إلا أن يجيب إلى إجارتها طوعاً بمسمى رضياه، فيكون كمن أجر أرضه مختاراً. فأما المستعير، فهل يستحق دخول الأرض ليصل إلى غرسه وبنائه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يستحق الدخول إلا برضا المعير، لأن استحقاق الترك لا يوجب التصرف في الأرض.

والوجه الثاني: وهو قول أبي علي بن أبي هريرة: إنه يستحق دخول الأرض ليصل إلى غرسه وبنائه في مراعاته ومصلحته، ويجبر المعين على تمكينه، لأن الإذن بالغرس

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

والبناء إذن به وبمنافعه، فإن مات الغرس وانهدم البناء لم يكن له إعادة بدله إلا باستحداث عارية بدله.

فصل: فلو أراد المستعير بيع غرسه وبنائه على غير المعير، ففي جوازه وجهان:

أحدهما: يجوز، لأنه مملوك وليس للمعير أن يأخذ المشتري بالقلع، كما لم يكن له أن يأخذ به المستعير.

والوجه الثاني: أن بيعه لا يجوز، لأن المشتري غير مستعير، وترك ما اشتراه غير مستديم. لأن المعير متى بذل القيمة استحق بها أخذ الغرس أو قلعه، وهذان الوجهان من اختلافهم في المستعير: هل يجوز له أن يعير؟.

فصل: وإذا حمل السيل بذراً لرجل فنبت في أرض غيره، أو نوى فصار غرساً، فهو لمالك البذر والنوى، لأنه نماء ملكه. وهل لصاحب الأرض أن يؤاخذ المالك بقلعه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له قلعه، لأن ما نبت في أرضه بغير اختياره.

والوجه الثاني: ليس له قلعه إذا بذلت الأجرة، لأن مالكه غير متعد به.

فصل: فإذا أعار لرجل جاره حائطاً ليضع عليه أجذاعاً، فليس للمعير أن يأخذ المستعير بقلعها بعد الوضع، لأن وضع الأجذاع تراد للاستدامة والبقاء. وهل يستحق عليه الأجرة بعد رجوعه في العارية أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يستحقها، كما يستحق أجرة أرضه بعد الغرس والبناء. فعلى هذا، إن امتنع صاحب الأجذاع من بذلها أخذ بقلعها.

والوجه الثاني: هو أصح: لا أجرة له. والفرق بين الحائط والأرض: أن الحائط قد يصل مالكه إلى منافعه. وإن كانت الأجذاع موضوعة عليه، وليس كالأرض التي لا يصل مالكها إلى منافعها مع بقاء الغرس والبناء فيها، مع أن العرف لم يجر بإجارة الحائط، وهو جار بإجارة الأرض.

فلو بذل صاحب الحائط ثمن الأجذاع لصاحبها، لم يجبر على قبولها ولا على قلعها، بخلاف الغرس والبناء.

والفرق بينهما: أن الأجذاع إذا حصل أحد طرفيها في حائط المعير، والطرف الآخر

في حائط المستعير، فلم يجبر أن يأخذ قيمة ما ليس في ملكه، والغرس والبناء كله في أرض المعير، فجاز أن يجبر على أخذ قيمة ما في غير ملكه.

فلو انهدم الحائط الذي عليه الأجذاع موضوعة، فبناه المالك، فهل يجوز لصاحب الأجذاع إعادة وضعها بالإذن الأول أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: له إعارتها، لأن العارية أوجبت دوام وضعها. فعلى هذا، لو امتنع صاحب الحائط من بنائه كان لصاحب الأجذاع أن يبنيه ليصل إلى حقه من وضع أجذاعه فيه.

والوجه الثاني: ليس له إعادتها، لأن الحائط المأذون فيه لم يبق، وهذا غيره، ولم يعد مالكه. فعلى هذا، لو أراد صاحب الأجذاع أن يبني الحائط عند امتناع صاحبه من بنائه، لم يكن له.

فصل: وإذا أعاره جذعاً ليمسك به حائطاً، فليس له بعد المسك أن يرجع فيه ما كان الحائط قائماً، وكان الجذع صحيحاً لما فيه من إدخال الضرر على صاحب الحائط بعد المسك من خوف السقوط وهلاكه. وهل له المطالبة بعد الرجوع بأجرته أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين. فإن انكسر الجذع أو انهدم الحائط، فله الرجوع به، لأنه لا يتجدد بأخذه ضرر.

فصل: وإذا أعار أرضاً لدفن ميت، فليس له بعد الدفن الرجوع فيها، لأن دفن الموتى للاستدامة والبقاء شرعاً وعرفاً. ولو أوصى أولياؤه بنقله منعوا منه، لأنه حق للميت، ولما فيه من انتهاك حرمته بالنقل، وليس لصاحب الأرض المطالبة بأجرة القبر بعد الرجوع في العارية وجهاً واحداً، ولا تختلف لأمرين:

أحدهما: أن العرف غير جار.

والثاني: أن الميت زائل، والأولياء لا يلزمهم.

فلو أن الميت المدفون نبشه الوحش حتى ظهر، وجب أن يعاد إلى قبره جبراً، وليس لصاحب الأرض بعد ظهوره أن يرجع في عاريته ويمنع من دفنه، لأنه قد صار حقاً للميت مؤبداً.

فلو أن رجلاً أذن للناس أن يدفنوا موتاهم في أرضه، فإن سبلها للدفن فليس له الرجوع فيها لخروجها عن ملكه، وإن لم يسبلها فله الرجوع فيها، ولا يكون الإذن بالدفن

فيها تسبيلاً لها. فإذا رجع فله المنع من إحداث دفن فيها، وليس له نقل من دفن، وتحرم على من أعار أرضاً للدفن أن يتصرف على ظاهر القبر من أرضه لما فيه من انتهاك حرمة الميت، مع ورود النهي عنه. فلو أراد أن يدفن فيه ميتاً آخر لم يجز، إلا أن يتجاوز مكان لحده، فيجوز وإن كان مقارناً.

فصل: وإذا مات المستعير بطلت العارية، ولم يكن لوارثه الانتفاع بها بعد موته. فإن فعل، كان في حكم الغاصب في ضمان الرقبة والأجرة، وعلى الوارث أن يبادر بردها على المعير سواء طلب أو لم يطلب، علم بموت المستعير أو لم يعلم. بخلاف الوديعة التي لا يلزم وارث المودع ردها، لأن رد العارية واجب، ورد الوديعة غير واجب، وإنما التمكين منها واجب.

وإن أمسك وارث المستعير عن ردها حتى هلكت، فإن كان إمساكها لتعذر القدرة على ردها فهي مضمونة في تركة المستعير ولا أجرة، وإن كان مع القدرة على ردها فهي مضمونة على ورثة المستعير ومع الأجرة.

فلو جن المستعير ولم يمت، بطلت العارية بجنونه أيضاً لأنها عقد جائز يبطل بالموت والجنون، وعلى الولي أن يبادر بردها على المعير. وهكذا لو مات المعير وجب على المستعير رد العارية على وارثه لبطلانها بموته، وأن يمسك بها بعد موته، كان في حكم الغاصب في ضمان الرقبة والأجرة. وهكذا لو جن المعير، فإن مرض فالعارية على حالها.

فصل: فإذا باع المعير العارية في يد المستعير، لم يخل حالها من أحد أمرين: إما أن يكون ردها ممكناً كالدار التي يمكن خروجه منها، والدابة التي يمكن نزوله عنها، والثوب الذي يمكن نزعه، صح البيع وبطلت به العارية.

وإما أن يكون ردها غير ممكن كالأرض إذا غرست، فالبيع باطل لأن مدة بقاء الغرس فيها مجهولة، واسترجاعها غير ممكن إلا ببذل قيمة الغرس أو أرش النقص وذلك غير واجب على المعير ولا على المستعير. وفيه وجه آخر: أن البيع صحيح، ويؤخذ المستعير بقلع الغرس لأنه من حقوق التسليم، كما يجبر على مورثه التسليم.

فصل: وإذا استعار دابة ثم ردها المستعير إلى اصطبل المعير، لم يبرأ من ضمانها حتى يدفعها إلى المعير، أو إلى وكيله فيها.

وقال أبو حنيفة: يبرأ منها بردها إلى الاصطبل استحساناً، لا قياساً. وهذا خطأ، لأن الاصطبل كيده لاقتضى أن يكون سارقها من الاصطبل إذا ردها إليه أن يسقط عنه ضمانها، كما يسقط بردها إلى يده. وفي بقاء الضمان عليه دليل على أنه ليس عودها إلى الاصطبل عود إلى يده.

فصل: ولا يجوز للمعير أن يأخذ بالعارية رهناً، لأن الرهن في الأعيان لا يصح أن يأخذ بها ضامن، لأن ضمان الأعيان لا يصح إلا باليد. فإن شرط عليه فيها رهناً أو ضامناً، بطلت العارية بأحد الشروط المبطلة لها، ثم قبضها المستعير وتصرف بها ضمن الرقة. فأما ضمانه لأجرة المنفعة، فعلى وجهين:

أحدهما: يكون ضامناً للأجرة، لأن فسادها رافع لحكمها.

والوجه الثاني: أن الأجرة عليه، لأن كل عقد فسد فحكمه في وجوب الضمان وسقوطه حكم الصحيح منه. ألا تراه يضمن فاسد القرض ولا يضمن فاسد الشركة؟.

فصل: فإذا طالب المعير المستعير برد العارية، كانت مؤنة ردها واجبة على المستعير، بخلاف المستأجر. والفرق بينهما: أن تسليم المنفعة في الإجارة مستحق على المؤجر، فكانت مؤنة الرد عليه وتسليمها في العارية هبة للمستعير، فكانت مؤنة الرد عليه.

فصل: وإذا ادّعى المستعير العارية من رجل بإذن المعير جاز، ثم نظر: فإن لم يسمه فالمستعير الأول على عاريته وهو المعير عليها من الثاني، وضمانها باق عليه، وله الرجوع فيها إن شاء. وإن سماه للمعير خرج المستعير الأول منها وبرىء من ضمانها، ولم يبطل على الثاني برجوعه فيها. فلو ردها الثاني على الأول، لم يبرأ وفي المسألة الأولى يبرأ، والله أعلم.

كِتَابُ الْغَصْبِ(١)

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإذَا شَقَّ رَجُلٌ لِرَجُلٍ ثَوْبَاً شَقًّا صَغِيراً أَوْ كَبِيراً، يَأْخُذُ مَا بَيْنَ طَرَفَيْهِ طُولاً وَعَرْضاً. أَوْ كَسَرَ لَهُ شَيْئَاً كَسْراً صَغِيراً أَوْ كَبِيراً، أَوْ رَضَّضَهُ، أَوْ جَنَى لَهُ عَلَى مَمْلُوكٍ فَأَعْمَاهُ، أَوْ شَجَّهُ مُوضِحة فَذَلِكَ كُلُّهُ سَوَاءٌ، وَيَقُومُ الْمَتَاعُ كُلُّهُ وَالْحَيَوَانُ غَيْرَ الرَّقِيقِ صَحِيحَاً وَمَكْسُوراً، أَوْ صَحِيحَاً وَمَجْرُوحَاً قَدْ بَرِىءَ مِنْ جُرْحِهِ، ثُمَّ يُعَطَى مَالِكُ ذَلِكَ مَا بَيْنَ الْقِيمَتَيْنِ، وَيَكُونُ مَا بَقِيَ بَعْدَ الْجِنَايَةِ لِصَاحِبِهِ، نَفَعَهُ أَوْ لَمْ يَنْفَعْهُ الفصل)(٢).

قال الماوردي: والأصل في تحريم الغصب وحظر الأموال: الكتاب، والسنة، وإجماع الأمة.

قال الله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالإِحْسَانِ﴾(٣). والبغي والغصب من جملة المنكر والبغي.

---

(١) قال النووي في الروضة ٤/ ٩٢ «للأصحاب رحمهم الله، عبارات في معنى الغصب: إحداها: أنه أخذ مال الغير على جهة التعدّي. وربما قيل: الاستيلاء على مال الغير. والثانية: وهي أعم من الأولى: أنه الاستيلاء على مال الغير بغير حقّ... والثالثة: وهي أعمّ من الأوليين: أن كلّ مضمون على ممسكه فهو مغصوب، كالمقبوض بالبيع الفاسد، والوديعة إذا تعدّى بها المودَع، والرهن إذا تعدّى فيه المرتهن، وأشهر العبارات وأشهرها: الأولى... وقد تظاهرت نصوص الكتاب والسنة وإجماع الأمة، على تحريم الغصب».

(٢) مختصر المزني: ص ١١٧: وتتمة المسألة: «فأمّا ما جنى عليه من العبد فيقوم صحيحاً قبل الجناية ثم ينظر إلى الجناية فيعطى أرشها من قيمة العبد صحيحاً، كما يعطى الحر من أرش الجناية من ديته بالغاً ذلك ما بلغ ولو كانت قيماً كما يأخذ الحر ديات (قال الشافعي): وكيف غلط من زعم أنه إن جنى على عبدي فلم يفسده أخذته وقيمة ما نقصه، وإن زاد الجاني معصية الله تعالى فأفسده، سقط حقي إلا أن أسلمه، يملكه الجاني فيسقط حقي بالفساد حين عظم، ويثبت حين صغر، ويملك علي حين عصى، فأفسد فلم يملك بعضاً ببعض ما أفسد، وهذا القول خلاف لأصل حكم الله تعالى بين المسلمين، في أن المالكين على ملكهم لا يملك عليهم إلا برضاهم، وخلاف المعقول والقياس».

(٣) سورة النحل، الآية: ٩٠.

وقال تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾(١) والغصب من الباطل.

وقال تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْماً إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَاراً﴾(٢).

وقال تعالى: ﴿إِنَّمَا السَّبِيلُ عَلَى الَّذِينَ يَظْلِمُونَ النَّاسَ﴾(٣).

والغصب من جملة الظلم؛ لأن حقيقة الظلم وضع الشيء غير موضعه، ولذلك قيل: أرض مظلومة، وفيها تأويلان:

أحدهما: أن يتجاوزها المطر.

والثاني: أن يأتيها من غير أوانه.

وقال الشاعر: وهو تميم بن أبي مقبل(٤):

عَـادَ الأَخِلَّـةُ فِـي دَارٍ وَكَـانَ بِهَـا هُـرْتُ الشَّقَاشِـقِ ظَلَّامُونَ لِلْجُزُرِ

وفيها تأويلان:

أحدهما: أن يعقر في غير منحر، على عادة الجاهلية في قطع العراقيب.

والثاني: أن ينحر لغيرما سبب.

وأما السنة: فما روي عن النبي ﷺ في خطبة الوداع أنه قال: «**أَمَّا بَعْدُ أَيُّهَا النَّاسُ اسْمَعُوا مِنِّي أُبَيِّنْ لَكُمْ، فَإِنِّي لَا أَدْرِي لَعَلِّي لَا أَلْقَاكُمْ بَعْدَ عَامِي هَذَا فِي مَوْقِفِي هَذَا. أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّ دِمَاءَكُمْ وَأَمْوَالَكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ إِلَى أَنْ تَلْقَوا رَبَّكُمْ، كَحُرْمَةِ يَوْمِكُمْ هَذَا، فِي شَهْرِكُمْ هَذَا، فِي بَلَدِكُمْ هَذَا. أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ اللَّهُمَّ اشْهَدْ، فَمَنْ كَانَتْ عِنْدَهُ أَمَانَةٌ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَى مَنِ ائْتَمَنَهُ عَلَيْهَا. أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَلَا يَحِلُّ لِامْرِئٍ مِنْ مَالِ أَخِيهِ إِلَّا عَنْ طِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ؟ اللَّهُمَّ اشْهَدْ، فَلَا تَرْجِعُنَّ بَعْدِي كُفَّاراً يَضْرِبُ بَعْضُكُمْ رِقَابَ بَعْضٍ، فَإِنِّي قَدْ تَرَكْتُ فِيكُمْ مَا إِنْ أَخَذْتُمْ بِهِ لَمْ تَضِلُّوا: كِتَابَ اللَّهِ، أَلَا هَلْ بَلَّغْتُ اللَّهُمَّ اشْهَدْ**»(٥).

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٢) سورة النساء، الآية: ١٠.

(٣) سورة الشورى، الآية: ٤٢.

(٤) تميم بن أبي مقبل (توفي بعد ٣٧) هـ. أبو كعب، من بني العجلان، من عامر بن صعصعة. شاعر جاهلي أدرك الإسلام، عمّر طويلاً. راجع الأعلام ٢/ ٨٧.

(٥) تقدّمت خطبة الوداع في الحج.

وروي عن عبد الله بن السائب، عن أبيه، عن جده عن النبي ﷺ قال: «لَا يَأْخُذَنَّ أَحَدُكُمْ مَتَاعَ صَاحِبِهِ لَاعِباً أَوْ جَادّاً، فَإِذَا أَخَذَ عَصَا أَخِيهِ فَلْيُؤَدِّهَا إِلَيْهِ أَوْ يَرُدَّهَا عَلَيْهِ»(١).

وروى أبو سلمة بن عبد الرحمن، عن سعد بن زيد قال: أَشْهَدُ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ أَنَّهُ قَالَ: «مَنِ اقْتَطَعَ مَالَ امْرِىءٍ مُسْلِمٍ بِغَيْرِ حَقٍّ فَلَا بَارَكَ اللَّهُ لَهُ فِيهِ»(٢).

وروت عائشة رضي الله عنها عن النبي ﷺ قال: «مَنْ ظَلَمَ قَيْدَ شِبْرٍ مِنْ أَرْضٍ طُوِّقَهُ مِنْ سَبْعِ أَرَاضِين»(٣).

وروى هشام بن عروة، عن أبيه، أَنَّ رَجُلاً غَصَبَ أَرْضاً مِنْ رَجُلَيْنِ مِنْ بَنِي بَيَاضَةَ مِنَ الأَنْصَارِ وَغَصَبَهَا غَرْسَهَا نَخْلاً عُمًّا، فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَأَمَرَ بِقَلْعِهِ وروي أَنَّهُ قَالَ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ»(٤). قال عروة: فأخبرني من رأى الغرس تعمل في أصولها.

وفي قوله نَخْلاً عُمًّا تأويلان:

أحدهما: يعني طولاً.

والثاني: يعني أنها قد عمت بخيرها، ومنه قوله ﷺ: «عَمَّتُكُمُ النَّخْلَةُ»(٥) يعني: عمت بخيرها. وقيل: بل عنى أنها خلقت من فضل طينة آدم، فصارت عمة في النسب. فأجمع المسلمون على تحريم الغصب، وأن من فعله مستحلاً كان كافراً، ومن فعله غير مستحل كان فاسقاً.

فصل: فإذا ثبت تحريم الغصب كما ذكرنا، فالغصب: هو منع الإنسان من ملكه

---

(١) أخرجه الترمذي في الفتن (٢١٦٠) بلفظ: «لا يأخذ أحدكم عصا أخيه لاعباً أو جاداً، فمن أخذ عصا أخيه فليردّها» وقال: حديث حسن غريب، والسائب بن يزيد له صحبة قد سمع من النبي ﷺ أحاديث وهو غلام، وقبض النبي ﷺ وهو ابن سبع سنين، ووالده يزيد بن السائب له أحاديث وهو من أصحاب النبي ﷺ، وقد روى عنه. وأبو داود في الأدب (٥٠٠٣) وراجع الزيلعي ٤/ ١٦٧.

(٢) حديث سعيد بن زيد: أخرجه أحمد ١/ ١٩٠ بلفظ: «من أخذ شبراً من الأرض بغير حقه طوقه من سبع أرضين، ومن تولّى قوماً بغير إذنهم فعليه لعنة اللّه، ومن اقتطع مال أخيه بيمينه فلا بارك الله له فيه».

(٣) حديث عائشة: أخرجه البخاري في المظالم (٢٤٥٣) و(٥١٩٥)، ومسلم في المساقاة (١٦١٢) (١٤٢). وأخرجه البخاري من حديث سعيد بن زيد في المظالم (٢٤٥٢) و(٣١٩٨) ومسلم في المساقاة (١٦١٠) (١٣٩) (١٤٠) وأحمد ١/ ١٨٨ والترمذي (١٤١٨).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) حديث ضعيف، عند العقيلي ٤/ ٢٥٥ وابن الجوزي في الموضوعات: ١/ ١٨٤.

والتصرف فيه بغير استحقاق. فيكمل الغصب بالمنع والتصرف، فإن منع ولم يتصرف كان تعدياً ولم يتعلق به ضمان، لأنه تعدى على المالك دون الملك. وإن تصرف ولم يمنع، كان تعدياً وتعلق به ضمان، لأنه تعدٍ على الملك دون المالك. فإذا جمع بين المنع والتصرف تم الغصب ولزم الضمان، سواء نقل المغصوب عن محله أم لا.

وقال أبو حنيفة: لا يتم الغصب إلا بالنقل والتحويل، فإن كان مما لا ينقل كالدور والعقار لم يصح غصبه ولم يضمن، استدلالاً بأن غير المنقول مختص بالمنع دون التصرف، فصار كحبس الإنسان عن ملكه لا يكون موجباً لغصب ماله؛ ولأن المسروق لا يكون مسروقاً إلا بالنقل عن الحرز، فكذا المغصوب لا يصير مغصوباً إلا بالنقل.

وتحريره قياساً: أن كل ما لم يصر المال به مسروقاً، لم يصر به مغصوباً، كالمنع والإحالة.

ودليلنا: ما روي عن عطاء بن يسار، عن أبي مالك: أن النبي ﷺ قال: **«إن أعظم الغُلُولِ عند الله أن يأخُذَ الرجلُ من أرضِ غيره إلى أرضِ نفسه»** فأطلق على الأرض حكم الغلول والغصب.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: **«لَعَنَ اللَّهُ سَارِقَ المَنَارِ، قِيلَ: وَمَا سَارِقُ الْمَنَارِ؟ قَالَ أَنْ يَأْخُذَ الرَّجُلُ الْعَلَامَةَ مِنْ أَرْضِ نَفْسِهِ إِلَى أَرْضِ غَيْرِهِ»** فجعل ذلك سرقة[١].

ومثله ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: **«مَلْعُونٌ مَنْ لَعَنَ أَبَاهُ، مَلْعُونٌ مَنْ لَعَنَ أُمَّهُ، مَلْعُونٌ مَنْ غَيَّرَ تُخُومَ الأَرْضِ»**[٢]، وفي تخوم الأرض تأويلان:

أحدهما: علماؤها.

والثاني: حدودها وأعلامها.

ولأن ما ضمن بالقبض في العقود، ضمن بالتصرف في العقود كالمحوّل والمنقول. ولأن ما ضمن به المنقول ضمن به غير المنقول كالعقود، ولأنه عدوان فجاز أن يضمن به غير المنقول كالجناية.

فأما الجواب بأن ما لم ينقل مختص بالمنع والإحالة كالحبس، فهو: أن المحبوس

---

(١) نسبه صاحب موسوعة أطراف الحديث ٦/ ٦٠١ إلى البيهقي ٨/ ٢٣١، والحاكم ٤/ ٨٢، وهو خطأ.

(٢) حديث ابن عباس: أخرجه أحمد: ١/ ٢١٧.

عن ماله حصل التعدي عليه دون ماله، فلم يصر المال مغصوباً. وخالف حال التصرف فيه مع اشتهار القول عرفاً، أن فلاناً غصب داراً أو أرضاً.

وأما الجواب عن المسروق فهو: أن القطع فيها معتبر بهتك الحرز وإخراج المال عنه، حتى لو نقل غير محرز لم يكن سارقاً يقطع، وخالف الغصب المعتبر بالتصرف في المال. ألا ترى أنه لا يقال سرق داراً، ويقال: غصب داراً؟.

فصل: فإذا تقرر ما بينا من صفة الغصب، فللمغصوب ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون باقياً.

والثاني: أن يكون تالفاً.

والثالث: أن يكون ناقصاً.

فإن كان باقياً بحاله، ارتجعه المالك منه. فإن ضعف عن ارتجاعه، فعلى ولي الأمر استرجاعه وتأديب الغاصب. وإن كان مما لا أجرة لمثله كالطعام والدراهم والدنانير، فقد برىء بعد رده من حكم الغصب، وسواء كانت قيمته قد نقصت في الأسواق لرخص الأسعار أم لا لأن بقاء العين لا يعتبر فيه نقص السوق. وإن كان مما لمثله أجرة كالدواب والآلات، فعليه مع رد العين أجرة المثل إن كان لمثل زمان الغصب أجرة، وعليه مؤنة الردِّ، إنْ كان لردّه مؤنة.

فصل: وأما الحال الثانية: وهو أن يكون المغصوب تالفاً، فهو مضمون عليه سواء تلف بفعله أو غير فعله، لقوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيه». ثم هم على ضربين:

أحدهما: أن يكون له مثل كالذي تتساوى أجزاؤه من الحبوب والأدهان والدراهم والدنانير، فعليه رد مثله جنساً ونوعاً وصفة وقدراً، لأن مس الشيء أخص به بدلاً من القيمة، لأنه مثل في الشرع واللغة، والقيمة مثل في الشرع دون اللغة. فإن طلب أحدهم القيمة لم يجب إليها، سواء كان طالبها الغاصب أو المغصوب منه، لأنها غير المستحق.

فأما إن تراضيا بالقيمة مع القدرة على المثل، ففي جوازه وجهان بناء على اختلاف الوجهين في جواز أخذ أرش العيب مع القدرة على رد المعيب.

والضرب الثاني: ألا يكون له مثل. كالذي تختلف أجزاؤه من الثياب والعبيد، فعليه قيمته في أكثر أحواله قيمة، من وقت الغصب إلى وقت التلف، وبه قال جمهور الفقهاء.

وقال عبد الله بن حسن العنبري، وأحمد بن حنبل: عليه مثله من جنسه وعلى صفته، استدلالاً برواية فليت العامري، عن جسرة بنت دجاجة، عن عائشة رضي الله عنها قالت: «مَا رَأَيْتُ صَانِعاً طَعَاماً مِثْلَ صَفِيَّةَ صَنَعَتْ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ طَعَاماً فَبَعَثَتْ بِهِ، فَأَخَذَنِي أَفْكَلُ فَكَسَرْتُ الإِنَاءَ، فَقُلْتُ: يَا رَسُولَ اللَّهِ مَا كَفَّارَةُ مَا صَنَعْتُ؟ قَالَ: إِنَاءٌ مِثْلُ إِنَاءٍ، وَطَعَامٌ مِثْلُ طَعَامٍ»[1].

وما روي عن عثمان بن عفان رضي الله عنه: أَتَاهُ رَجُلٌ فَقَالَ: يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ إِنَّ بَنِي عَمِّكَ سَعُوا عَلَى إِبِلِي فَاحْتَلَبُوا أَلْبَانَهَا وَأَكَلُوا فُصْلاَنَهَا، فَقَالَ عُثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: نُعْطِيكَ إِبِلاً مِثْلَ إِبِلِكَ، وَفُصْلاَنَاً مِثْلَ فُصْلاَنِكَ. فَقَالَ عَبْدُ اللَّهِ بنُ مَسْعُودٍ: وَقَدْ رَأَيْتُ يَا أَمِيرَ الْمُؤْمِنِينَ رَأْياً، أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ مِنَ الْوَادِي الَّذِي جَنَى فِيهِ بَنُو عَمِّكَ، فَقَالَ عُثْمَانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: نَعَمْ. .

ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «**مَنْ أَعْتَقَ شِرْكاً لَهُ فِي عَبْدٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ**[2] **إِنْ كَانَ مُوسِراً**» فأوجب قيمة الحصة، ولم يوجب مثل تلك الحصة. ولأنه لما كانت أجزاؤه مضمونة بالقيمة دون المثل، حتى من قطع يد دابة لم تقطع يد دابته، ومن خرق ثوباً لم يخرق ثوبه، وجب أن يكون في استهلاك العين بمثابته. ولأن ما تخلف أجزاؤه يتعذر فيه المماثلة، ولا يخلو من أن يكون: زائداً يظلم به الغاصب، أو ناقصاً يظلم به المغصوب، والقيمة عدل يؤمن فيها ظلم الفريقين.

فأما الجواب عن قوله: «إناء مثل الإناء، وطعام مثل طعام»، فهو: أن القيمة مثل في الشرع. قال الله تعالى: ﴿**فَجَزَاءٌ مِثْلُ مَا قَتَلَ مِنَ النَّعَمِ يَحْكُمُ بِهِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ هَدْياً بَالِغَ الْكَعْبَةِ أَوْ كَفَّارَةٌ طَعَامُ مَسَاكِينَ**﴾[3] فجعل قيمة الجزاء من الطعام مثلاً.

وأما حديث عثمان رضي الله عنه فمحمول على التفضل منه لتطوعه بذلك عن غيره.

فصل: فإذا تقرر أنه مضمون بالقيمة دون المثل، فلا يخلو أن يكون من جنس الأثمان، أو من غير جنسها.

---

(١) حديث عائشة: أخرجه أبو داود في البيوع (٣٥٦٨) والبيهقي ٦/ ٩٦.

(٢) حديث ابن عمر: سبق تخريجه، وهو في الصحيحين والسنن.

(٣) سورة المائدة، الآية: ٩٥.

فإن كان من غير جنس الأثمان كالثياب والحيوان، فقيمته من غالب نقد البلد فيه أكثر ما كان قيمة من حين الغصب إلى حين التلف في سوقه وبلده.

فإن قيل: لم لم يضمن نقص السوق مع بقاء العين، وضمن نقص السوق مع تلف العين؟.

قيل: لأنه قد فوت عليه زيادة السوق مع تلف العين، ولم يفوتها عليه مع بقاء العين.

وإن كان من جنس الأثمان، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مباح الاستعمال كالحلي، ففي كيفية ضمانه وجهان:

أحدهما: تضمن قيمته مصوغاً من غير جنسه، إن كان من الذهب ضمن قيمته ورقاً، وإن كان من الورق ضمن قيمته ذهباً.

والوجه الثاني: أن يضمنه بمثل وزنه من جنسه وبأجرة صياغته. مثل أن يكون وزنه مائة مثقال من ذهب وهو مصوغ، فيضمنه بمائة مثقال ذهب، وبأجرة صياغته. وهل يجوز أن تكون الأجرة ذهباً، أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجوز حتى تكون ورقاً، لئلا يفضي إلى الربا والتفاصل في الذهب بالذهب.

والوجه الثاني: وهو أصح. أنه يجوز، لأنه بدل من الصياغة والعمل الذي لا يداخله الربا. ولو دخله الربا إذا كان ذهباً لدخله الربا وإن كان ورقاً، لأنه لا يجوز أن تباع مائة دينار بمائة دينار ودرهم، كما لا يجوز أن تباع بمائة دينار ودينار.

والضرب الثاني: أن يكون محظور الاستعمال كالأواني، ففي ضمان صياغته وجهان بناء على اختلاف الوجهين في إباحة ادخارهما.

أحدهما: أن ادخارها محظور وصياغتها غير مضمونة، لأنها معصية لا تقر، فلم تضمن كصنعة الطنبور والمزمار لا تضمن بالنقص في الإبطال. فعلى هذا، يضمنه بمثله وزناً من جنسه.

والوجه الثاني: أن ادخارها مباح وصناعتها مضمونة. فعلى هذا، في كيفية ضمانها وجهان على ما مضى.

فصل: وأما الحال الثالثة: وهو: أن يكون المغصوب ناقصاً، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون حيواناً.

والثاني: أن يكون غير حيوان.

فإن كان غير حيوان، فالنقص على ضربين:

أحدهما: أن يكون متميزاً كالحنطة يتلف بعضها، أو كالثياب يتلف ثوب منها أو ذراع من جملتها، فيكون ضامناً للنقص بالمثل إن كان ذا مثل، وبالقيمة إن لم يكن ذا مثل، ويرد الباقي بعينه سواء كان التالف أكثر المغصوب أو أقله، وهذا متفق عليه.

والضرب الثاني: أن يكون النقص غير متميز كثوب شقه، أو إناء كسره أو رضضه، فإن كان الناقص منه أقل منافعه أخذه وما ينقص من قيمته إجماعاً، فيقوم صحيحاً.

فإذا قيل: مائة درهم، قوم ممزقاً أو مكسوراً. فإذا قيل: ستون درهماً، فنقصه أربعون درهماً، فيأخذه ممزقاً أو مكسورا ويأخذ معه أربعين درهماً.

وإن كان الناقص أكثر منافعه، فقد اختلف الفقهاء فيه. فذهب الشافعي رضي الله عنه: أنه يأخذه وما نقص من قيمته، حتى لو كان يساوي مائة درهم فصار بعد النقص يساوي درهماً، أخذه وتسعة وتسعين درهماً. وهكذا لو تمزق الثوب وترضض الإناء حتى لم يبق لهما قيمة، أخذ قيمتها كاملة، وأخذ المرضوض والممزق، ولم يملكه الغاصب مع أداء القيمة.

وقال مالك: مخيراً بين تسليمه إلى الغاصب، ويأخذ منه جميع القيمة، وبين أن يمسك به ناقصاً ولا أرش له.

وقال أبو حنيفة: يكون المالك مخيراً بين: أن يتمسك به ويرجع بأرش نقصه، وبين أن يسلمه للغاصب ويرجع بجميع قيمته.

وإذا تمزق الثوب وترضض الإناء حتى بلغ النقص جميع قيمته، غرم القيمة وملك المرضوض والممزق، استدلالاً بأنه لا يصير جامعاً بين البدل والمبدل.

قالوا: ولأن العين إذا ذهب أكثر منافعها، صار الباقي ذاهب المنفعة، فجاز له أن يرجع بجميع القيمة. ولأن الأقل تبعاً للأكثر، فلما كان غارماً لأكثر المنافع، وجب أن يكون غارماً لأقلها.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾[1]. فإذا اعتدى باستهلاك البعض لم يجز أن يعتدى عليه باستهلاك الكل. ولأن ما لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أقله، لم يلزم غرم جميعه باستهلاك أكثره قياساً على النقص المميز. ولأن ما لم يكن تمييز بعضه موجباً لغرم، لم يكن عدم تمييزه موجباً لغرم جميعه، قياساً على النقص الأقل. ولا يدخل على هاتين العلتين أطراف العبد.

فأما الجواب عن قولهم: إنه جمع بين البدل والمبدل فهو غير صحيح، لأن المأخوذ بدل من المستهلك دون الباقي، فلم يكن جمعاً بين البدل والمبدل.

وأما الجواب عن قولهم: إن الباقي من المنافع بعد ذهاب أكثرها ذاهب، فهو: أنه قول مطروح وعيان مدفوع. ولو جاز أن يكون الباقي ذاهباً، لكان الذاهب باقياً.

وأما الجواب عن قولهم: إن الأقل تبع للأكثر، فهو: أنه لو جاز أن يكون هذا دليلاً على وجوب ضمان الأقل تبعاً لوجوب الضمان في الأكثر، لكان دليلاً على سقوط ضمان الأقل تبعاً لسقوط الضمان في الأكثر حتى أنه لو أتلف أقل المنافع لم يضمنها، لأنه يضمن الأكثر منها، وهذا قول مردود.

فإذا ثبت وجوب أخذه وقدر نقصه، قليلاً كان النقص أو كثيراً، نفع الباقي منه أو لم ينفع، نظر: فإن كان من غير جنس الأثمان ضمن نقص قدر قيمته، وإن كان من جنس الأثمان فقد قال أبو حنيفة: ليس له الرجوع بنقصه، وهو بالخيار بين تسليمه إلى الغاصب وأخذ قيمته كلها، وبين إمساكه ولا أرش له؛ لأن الأثمان مستحقة في الأرش فلم يجز أن يدخلها.

وهذا خطأ، لأن كل نقص دخل على عوض أو معوض استحق أرشه ولم يجز مع إمكان الأرش أن يكون هدراً، وإذا كان هذا ضامناً ففي كيفية ضمانه وجهان على ما مضى:

أحدهما: يضمن أجرة صنعته لا غير.

والثاني: يضمن قدر النقص من قيمته ذهباً إن كان من ورِق، وورِقاً إن كان من ذهب.

فصل: فإن كان حيواناً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون بهيمة.

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٤.

والثاني: أن يكون آدمياً.

فإن كان بهيمة، فإنه يردها ويرد معها نقص ما بين قيمتها سليمة وناقصة، وسواء كان النقص بجناية أو حادثة، وسواء كانت البهيمة ذات ظهر أو در.

وقال أبو حنيفة: إن كان حيواناً ينتفع به من جهة واحدة كذات ظهر لا در لها مثل البغال والحمير، أو ذات در لا ظهر لها كالغنم، ضمنها بما نقص من قيمتها كقولنا. وإن كان ينتفع بها من جهتين كظهر ودر كالإبل والبقر، كان في إحدى عينيه ربع قيمته، وسائر أعضائه ما نقص استدلالاً بما رواه عن عمر رضي الله عنه: أنه حكم في إحدى عيني بقرة بربع قيمتها.

وهذا خطأ، لأن ما لم تضمن أعضاؤه بمقدر، لم تضمن عينه بمقدر، قياساً على سائر الأعضاء. وما روي عن عمر رضي الله عنه فلا دليل فيه، لأنها قضية وافقت الحكومة فيها ربع القيمة.

فصل: قال مالك: إذا قطع ذنب حمار القاضي، كان عليه جميع قيمته. ولو كان لغير القاضي، لزمه ما نقص من قيمته استدلالاً: بأن في قطع ذنب حماره غضاضة على المسلمين ووهن في الدين، وحسبك بقبح هذا القول دليلاً على فساده.

ولو جاز أن يجب في ذنب حماره جميع القيمة، لوجب ذلك في تحريق ثيابه والتعدي في قماشه، ولتضاعفت الجناية عليه على الجناية على غيره، ولكان كل ما اختص به زائداً في الحكم على من سواه. وفي اتفاق الجميع على أن القاضي وغيره في ضمان ما استهلكه أو جنى عليه، وجب أن يكون وغيره على سواء في الجناية على حماره.

فصل: وأما الآدمي والعبد الذي يضمن بالجناية واليد، فلضمان نقصه ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يضمن باليد وحدها.

والثاني: أن يضمن بالجناية وحدها.

والثالث: أن يضمن باليد والجناية معاً.

فأما الحال الأولى: وهو أن يضمن باليد دون الجناية، فصورته: أن يغصب عبداً فيحدث به مرض يذهب منه عينه، أو تتآكل منه يده، أو ينهك بدنه، فإنه يكون مضموناً على غاصبه بما نقص من قيمته، سواء كان النقص في عضو مقدر بالأرش كالعين واليد، أو غير

مقدر كنحول الجسد. لأنه لما كان ملحقاً في ضمان اليد بالبهائم دون الأحرار، وجب أن يكون مضموناً بقدر النقص كالبهائم دون الأحرار. وسواء زاد على ضمان الجناية أو نقص، حتى لو ذهبت إحدى عينيه فنقص من قيمته الثلث لم يلزمه أكثر منه، ولو نقصه الثلثان لم يقتصر على أقل منه. وذكر ابن أبي هريرة عن بعض أصحابنا: أنه سوى بين ضمان اليد وضمان الجناية في التقدير، وهو خطأ لما ذكرنا.

فصل: **فأما الحال الثانية**: وهو أن يضمنه بالجناية دون اليد. فصورته: أنه يرمي عبداً فيقلع إحدى عينيه، أو يقطع يده، أو يجرح جسده، فكل ما لم يتقدر من الحر وكان فيه حكومة، كالذي يتقدر من الموضحة وشجاج الرأس ويتقدر من الجائفة من جراح الجسد، ففيه من العبد ما نقص من قيمته، لأن العبد أصل فيها للحر في اعتباره من نقص ديته. وكل ما كان مقدراً في الحر من ديته، كان مقدراً في العبد من قيمته.

فعلى هذا، في يدي العبد قيمته، لأن في يدي الحر ديته، وفي إحدى يديه نصف قيمته. لأن في إحدى يدي الحر نصف ديته، وفي إحدى أصابعه عشر قيمته. لأن في إحدى أصابع الحر عشر ديته، ثم كذلك في الشجاج وسائر الأعضاء.

وقال مالك: لا يضمن العقد بمقدر إلا في الشجاج الأربعة: الموضحة، والمنقلة، والمأمومة، والجائفة، وهو مضمون فيما سوى هذه الأربعة بما نقص من قيمته.

ودليلنا عليه: أن ما تقدر في جراح الحر، تقدر في جراح العبد، قياساً على الشجاج الأربع. ولأن ما تقدرت الجناية في شجاجه، تقدرت الجناية في أطرافه كالحر.

فصل: فإذا ثبت أن الجناية عليه مضمونة بمقدر من قيمته، فله أن يأخذ العبد بأرش الجناية. وإن كانت بجميع قيمته كالجناية على يديه فيها جميع قيمته، وكالجناية على ذكره توجب جميع قيمته، وإن زادت قيمته بالجناية أضعافاً. وهكذا لو أوجبت الجناية فيما استحقها على الجاني والعبد على ملكه، فقطع ذكره وأنثييه يوجب كل منهما قيمته كاملة.

وقال أبو حنيفة: إن كان أرش الجناية نصف القيمة فما دون، أخذها من العبد على ملكه. وإن كانت أكثر من النصف، ملك الجاني بها العبد، وعليه جميع قيمته، ولا يوجب في الجناية عليه أكثر من قيمة واحدة؛ استدلالاً بأنه مملوك فلم يجز أن يضمن بأكثر من قيمته كالأموال. قال: ولأن في غرم القيمة ورد العبد جمعاً بين البدل والمبدل، وذلك غير جائز.

ودليلنا من وجهين:

أحدهما: أن الجاني لا يملك العبد بجنايته.

والثاني: أنها قد توجب أكثر من قيمته.

فأما الدلالة على أن الجاني لا يملك العبد بجنايته، فهو: أن كل ما لم يملك به غير العبد لم يملك به العبد، كالغصب. ولأن كل من لم يملك بالجناية على نصفه، لم يملك بالجناية على أكثره، كالمدبر وأم الولد والمكاتب. ولأنها جناية على عبد، فلم يجز أن يملك بها قياساً على من لم يزد أرشه على النصف، ولأن جماعة لو اشتركوا في الجناية عليه في أكثر قيمته لم يملكوه، فكذلك الواحد.

وتحريره: أن كل جناية لا تكون سبباً للملك عند الاشتراك، لا تكون سبباً للملك عند الانفراد، قياساً على نقص من النصف.

وأما الدلالة على أنها قد توجب أكثر من قيمته، فهو: أن كل من تقدرت الجناية في أطرافه جاز أن تزيد على ضمان نفسه كالحر. ولأن كل ما ضمن بالجناية على الحر، ضمن بالجناية على العبد، قياساً على ما لم يزد على ضمان النفس. ولأن كل جناية أوجبت الزيادة على ضمان النفس في الحر، أوجبت الزيادة على ضمان النفس في العبد، قياساً على تكرار الجناية بعد الاندمال، ولهذه المعاني امتنع أن يلحق بضمان الأموال.

وأما ما ذكره من الجمع بين البدل والمبدل فخطأ، لأن المأخوذ بدل من الأطراف الفانية وليس ببدل من النفس الباقية، كالحر الذي تؤخذ ديات أطرافه مع بقاء نفسه، ولا يكون جمعاً بين بدل ومبدل.

وأما الحال الثالثة: وهو أن يضمنه باليد والجناية جميعاً. فصورتها: أن يغصب عبداً فيقطع يده، فلا يخلو حال قاطعها من: أن يكون الغاصب، أو غيره.

فإن قطعها الغاصب، فهو ضامن لها بأكثر الأمرين من ضمان اليد أو ضمان الجناية، لأن إحدى اليدين مضمونة في الجناية بنصف القيمة، وفي الغصب بما نقص من القيمة.

فإذا كان الناقص من قيمته أكثر من النصف، ضمنه ضمان الغصب، لأنه لو انفرد بالغصب من غير جناية لضمن جميع نصفه. فإذا صار مع الغصب جانياً، فأولى أن يضمنه.

وإن كان الناقص من قيمته أقل من النصف ضمنه ضمان الجناية، لأنه لو انفرد بالجناية من غير غصب ضمن نصف قيمته. فإذا صار مع الجناية غاصباً، فأولى أن يضمنه.

وإن كان الناقص من قيمته أقل من النصف، ضمنه ضمان الجناية لأنه لو انفرد بالجناية من غير غصب، ضمن نصف قيمته. فإذا صار مع الجناية غاصباً، فأولى أن يضمنه.

وأن كان الجاني غير الغاصب، فهو مضمون على الغاصب بأكثر الأمرين من: ضمان الجناية، أو ضمان الغصب. وهو مضمون على الجاني ضمان الجناية دون الغصب، وهو بالخيار بين: الرجوع على الجاني، أو الغاصب. وإذا كان كذلك، فلا يخلو حال الجناية وضمان الغصب من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يتساويا، فيكون الناقص من قيمته بقطع إحدى يديه النصف، فله الخيار في الرجوع على أيهما شاء. فإن رجع به على الغاصب، رجع الغاصب به على الجاني. وإن رجع به على الجاني، لم يرجع الجاني به على الغاصب. والله أعلم.

والقسم الثاني: أن يكون ضمان الجناية أكثر من ضمان الغصب، مثل أن يكون الناقص من قيمته الثلث، فله الرجوع بضمان الجناية وهو نصف القيمة على أيهما شاء. فلو رجع به على الغاصب، رجع الغاصب به على الجاني، وإن رجع به على الجاني لم يرجع به الجاني على الغاصب.

والقسم الثالث: أن يكون ضمان الغصب أكثر من ضمان الجناية. مثل أن ينقص من قيمة الثلثان، فإذا أراد الرجوع به على الغاصب رجع عليه بثلثي القيمة وهو ضمان الغصب، ورجع الغاصب على الجاني بنصف القيمة وهو ضمان الجناية. وإن أراد الرجوع على الجاني رجع عليه بنصف القيمة ضمان الجناية، ورجع بالسدس الزائد عليه بضمان الغصب على الغاصب، لاختصاصه بضمانه دون الجاني.

فإن أراد أن يقتص لعبده لكون الجاني عبداً، فاقتص من إحدى يديه قوداً، برىء الغاصب من نصف القيمة لاستيفاء السيد له بالقصاص، وبقي عليه السدس الزائد بضمان الغصب، فيرجع به السيد على الغاصب وحده.

فصل: وإذا غصب عبداً فجنى العبد في يد الغاصب جناية عمد تستوعب جميع قيمته،

فالغاصب ضامن لما يستوفى من جنايته، لأنه مضمون في يده. وسواء استوفى ذلك في يد الغاصب أو في يد سيده، لأنه يصير بالجناية مستحقاً من يد سيده بما هو مضمون على غاصبه، وإذا كان كذلك فللمجني عليه حالتان:

حالة: يعفو.

وحالة: يستوفي.

فإن عفا خلص العبد لسيده، وبرىء الغاصب من ضمان جنايته، ولم يكن للسيد أن يطالبه بأرشها لأنه حق وجب لغيره، فسقط بعفوه. وإن استوفى المجني عليه حقه ولم يعفُ، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يستوفيه قوداً.

والثاني: أن يستوفيه غرماً. فأن استوفاه قوداً، ضمن الغاصب ما أخذ بالقصاص. فإن كان القصاص في نفسه ضمن جميع قميته، وإنْ كان في طرفه ضمن قدر نقصه، سواء كان النقص ممّا تتعدّد فيه الدّية أو لا تتعدّد. لأن الطرف مضمون باليد دون الجناية، فوجب أن يضمن بالنقص دون القدر. وإنْ استوفاه غرماً، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون العبد في يد الغاصب.

والثاني: أن يكون قد عاد إلى يد السيد.

فإن كان في يد الغاصب، فلا يخلو أرش الجناية من أحد أمرين: إما أن يزيد على قيمة العبد أم لا؟.

فإن لم يزد على قيمته، كان الغاصب مأخوذاً بغرمها للمجني عليه ليخلص العبد لسيده، ولا معنى لبيعه في الجناية، ثم غرم قيمته للسيد، لأن إمكان رده يمنع من أخذ السيد لقيمته.

فإن كان الأرش زائداً على قيمة العبد، ففي قدر ما يؤخذ الغاصب بغرمه قولان مبنيان على اختلاف قوليه في السيد إذا منع من بيع عبده الجاني: هل يلزمه قدر قيمته أو جميع أرش جنايته، لأن الغاصب مأخوذ بفكاك العبد، فصار مانعاً من بيعه ببدل الجناية، على قولين:

أحدهما: أن الغاصب مأخوذ بغرم قيمته لا غير، ولا شيء للمجني عليه سواها، ويخلص العبد لسيده.

والقول الثاني: أن الغاصب مأخوذ بغرم جميع الأرش، ليخلص العبد لسيده. فأما إن كان العبد قد عاد إلى يد سيده، فلا مطالبة للسيد على الغاصب بأرش الجناية، لأنه حق لغيره. ولا مطالبة للمجني عليه على الغاصب أيضاً، لأن جناية العبد في رقبته، وللمجني عليه أن يأخذ العبد ليستوفي منه أرش جنايته. فإذا أخذه، فللسيد أن يأخذ الغاصب بفكاكه ورده. فإن سبق المجني عليه إلى بيعه، فليس له أكثر من ثمنه، وإن كان أقل من أرش جنايته، وعلى الغاصب أن يغرم للسيد قيمته، وليس عليه أن يستخلصه من مشتريه لأنه قد ملكه ببيع الحاكم له؛ ومن ملك شيئاً لم يلزمه النزول عنه.

فصل: ولو غصب عبداً في عنقه جناية لم يفد منها، فاستوفيت في يد الغاصب، فلا يخلو حالها من أحد أمرين:

إما أن تستوفى غرماً، أو قوداً. فإن استوفيت غرماً بيع منه بقدرها، ولا ضمان على الغاصب فيما بيع منه، لأنه مستحق من يد السيد، فصار كاستحقاقه بغير جناية.

وإن استوفيت قودا، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون في نفس.

والثاني: أن يكون في طرف.

فإن كانت في نفس، سقط عنه ضمان الغصب، وكان القود منه كقبض السيد له.

وإن كانت في طرف، سقط عنه من ضمانه الأرش المقدر في طرفه، لأنه مقوم شرعاً بمقدر فيه. فإن كان الناقص من قيمته أكثر من المقدر، ضمن الزيادة عليه. مثاله: أن يقتص من إحدى يديه المقدر بنصف القيمة، فتنقص ثلثا قيمته، فيلزم إذا رده أن يغرم سدس القيمة لأنها زيادة نقص حدثت في يده.

فصل: فلو كان قد جنى في يد سيده بقدر قيمته، ثم جنى في يد الغاصب جناية بقدر قيمته، فصارت الجنايتان في رقبته وهما ضعف قيمته، فيشتركان في الرقبة، ويصير حق كل واحد منهما متعلق بنصف الرقبة حكماً، والنصف الآخر الذي استحقه الثاني في يد الغاصب مستحق على الغاصب، وخلاصةُ به، وفي قدر ما يخلصه به قولان:

أحدهما: نصف القيمة.

والثاني: جميع الأرش، وهو جميع القيمة، والنصف الذي استحقه الأول في يد السيد ليس يلزم خلاصه.

فإن سلم العبد من جناية الثاني بإفتكاك الغاصب له، سلم كله للأول بخلاصه من جناية الثاني مع بقائه على ملك السيد، وللأول أن يستوفي جميع أرشه من كل رقبته، والغاصب بريء منها، فيتوصل بالجنايتان بالغصب إلى استيفاء جميع الأرشين على ما وصفنا، ولولاه لوكل كل واحد منهما إلى نصف حقه لاشتراكهما بالأرشين في رقبته.

فلو كان العبد بعد الجنايتين مات في يد الغاصب، ضمن الغاصب جميع قيمته، وكانت بين الأول والثاني نصفين، ثم على الغاصب أن يغرم للسيد نصف القيمة وهو ما استحقه الثاني منها، لأنه ضامن لذلك لحدوثه في يده. فإذا أخذه السيد، كان للأول أن يختص بأخذه لأنه بدل من العبد الذي استحق الجناية في رقبته، وليس للسيد إذا استحق للأول ذلك من يده أن يرجع به على الغاصب، لأنه من ضمانه لا من ضمان الغاصب، فيتوصل الأول لموته مغصوباً إلى استيفاء جميع أرشه دون الثاني.

فصل: وإذا قتل السيد عبده المغصوب في يد الغاصب، كان قبضاً، وبرىء الغاصب من ضمانه. ولو قطع إحدى يديه، كان استيفاء لأقل الأمرين من نصف القيمة المقدرة في إحدى اليدين، أو ما نقص من قيمته، وكان ما بقي بعد أقلها مضموناً على الغاصب. فإن نقص من قيمته بالقطع ثلثها، أخذ الغاصب بعد رده مقطوعاً بغرم السدس من قيمته، لأنه نقص زائد في يده.

ولو أعتقه السيد كان عتقه قبضاً يبرأ الغاصب به من ضمانه، ولو كاتبه لم يبرأ بالكتابة من ضمانه إلا أن يعتق بالأداء فيبرأ.

وكذلك لو دبره لم يبرئه التدبير إلا أن يعتق بموت السيد فيبرأ بالعتق، وكذلك أم الولد إذا غصبت ثم أعتقت في يد الغاصب بموت السيد، برأ الغاصب.

فصل: وإذا جنى السيد على عبده فمثّل به، لم يعتق عليه، وكانت جنايته هدراً.

وقال مالك: يعتق عليه بالمثلة استدلالاً برواية: عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «مَنْ مَثَّلَ بِعَبْدِهِ عُتِقَ عَلَيْهِ»[1].

---

(١) حديث ابن عمرو: أخرجه البيهقي ٦/٣٦ وقال: في إسناده المثنى بن الصباح ضعيف لا يحتجّ به، وقد روي عن الحجاج بن أرطأة، عن عمرو مختصراً، ولا يحتج به. وأخرجه أحمد ٢/٢٢٥. وأخرجه =

وقالوا: ولأنه فعل ما لم يكن له موجب، منع ما كان له، كالقاتل لمورثه يمنع من ميراثه.

ودليلنا: أن الأفعال المؤلمة لا توجب العتق كالضرب. ولأن كل جناية لا تبين بها الزوجة، لا يعتق بها العبد كالتي لا مثلة فيها. ولأن كل ملك لا يزول بجناية لا مثلة فيها، لم يزل بجناية فيها مثلة كالزوجين. ولأن الجناية توجب: إما غرماً، وإما قوداً، وليس العتق واحد منهما.

فأما الجواب عن حديث عمرو بن شعيب مع ضعف طريقه، فمن وجهين:

أحدهما: أن المقصود به التغليظ والزجر، كما قال: «من قتل عبده قتلناه».

والثاني: أنه محمول على تعليق عتقه بالمثلة، فيعتق بها وإن كانت محظورة.

وأما الجواب عن استدلالهم، بأن فعله ما لم يكن له موجب، منع ما كان له: ففاسد بما لا مثلة فيه من الجراح.

فصل: فإذا غصب حراً صغيرا فمات في يده حتف أنفه، أو لسعته حية، فلا ضمان عليه.

وقال أبو حنيفة: إن مات حتف أنفه لم يضمنه، وإن لسعته حية فعليه ضمان ديته. وهذا خطأ، لأن الحر لا يضمن باليد كالكبير، ولأن من لم يضمن بالموت كبيراً لم يضمن به صغيراً، كالميت حتف أنفه

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ غَصَبَ جَارِيَةً تُسَاوِي مِائَةً، فَزَادَتْ فِي يَدِهِ بِتَعْلِيمٍ مِنْهُ أَوْ لِسَمنٍ وَاعْتِنَاءٍ مِنْ مَالِهِ حَتَّى صَارَتْ تُسَاوِي أَلْفاً، ثُمَّ نَقَصَتْ حَتَّى صَارَتْ تُسَاوِي مِائَةً، يَأْخُذُهَا وَتِسْعَمَائَةٍ مَعَهَا، كَمَا تَكُونُ لَهُ لَوْ غَصَبَهُ إِيَّاهَا وَهِيَ تُسَاوِي أَلْفاً فَنَقَصَتْ تِسْعَمَائَةٍ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. وهذه المسألة مشتملة على فصلين:

أحدهما: أن يغصبها زائدة فتنقص، ثم تزيد.

= الحاكم ٤/٣٦٨ من حديث عمرو بن دينار، عن ابن عمر. وبلفظ «من مثّل بعبده، فهو حر وهو مولى الله ورسوله» وتعقبه الذهبي فقال: في إسناده حمزة النصيبي، قال ابن عدي: يضع الحديث.

(١) مختصر المزني: ص ١١٧.

والثاني: أن يغصبها ناقصة، فتزيد ثم تنقص، فهي مسألة الكتاب. وصورتها: فيمن غصب أمة تساوي مائة فزادت ببرء أو سمن أو تعليم قرآن أو خط حتى صارت تساوي ألفاً، ثم نقصت وعادت إلى حالها حين غصبت لعود المرض والهزال ونسيان ما علمت من الخط والقرآن حتى صارت تساوي مائة، فإنه يردها ويرد معها تسعمائة لنقص الزيادة الحادثة في يده.

وقال أبو حنيفة: يردها، ولا غرم عليه لنقص ما زاد في يده، استدلالاً بأنه رد المغصوب كما أخذه، فاقتضى أن لا يلزمه غرم قياساً عليه لو لم تحدث الزيادة في يده. قال: ولأن الزيادة في يد الغاصب قد تكون من وجهين: زيادة السوق، وزيادة العين. فلما كانت زيادة السوق غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت، كانت زيادة العين غير مضمونة على الغاصب إذا نقصت.

وتحريره قياساً: أنها زيادة حدثت في يد الغاصب، فوجب ألا يضمنها مع بقاء المغصوب قياساً على زيادة السوق طرداً، وعلى تلف المغصوب عكساً. ولأن ضمان الغصب إنما يتسحق فيما غصب باليد دون ما لم يغصب، وإن صارت تحت اليد.

ألا ترى لو أن شاة دخلت دار رجل لم يضمنها، وإن صارت تحت يده؟ وهكذا لو أطارت الريح ثوباً إلى داره لحصول ذلك بغير فعله، وكذلك الزيادة الحادثة في يده.

ودليلنا هو: أنه نقص عين في يد الغاصب، فوجب أن يكون مضموناً عليه، قياساً على نقصها عن حال غصبها، بأن يغصبها صحيحة فتمرض، أو سمينة فتهزل. ولأنه لو باعها بعد حدوث الزيادة بها ضمن نقصها، كذلك وإن لم يبعها. ويحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أن كل عين ضمنت بالغصب ضمن ما تلف من زيادتها في الغصب، قياساً على تلفها في يد المشتري.

والثاني: أن كل زيادة ضمنها الغاصب لو تلفت في يد المشتري ضمنها، وإن تلفت في يد نفسه، قياساً على تلفها بجنايته. ولأن كل عين يضمنها الغاصب بجنايته فضمانه لازم، وإن تلفت بغير جنايته كالأصل. ولأن ما ضمن أصله بالتعدي، ضمنت زيادته في حال التعدي، قياساً على الصيد إذا زاد في يد المحرم ثم نقص، فإن أبا حنيفة يوافق على ضمان نقصه.

والجواب عن قياسهم على ما لم يرد بعلة: أنه رده مثل ما غصبه، فمن وجهين:

أحدهما: بطلانه بحدوث الزيادة في يد المشتري.

والثاني: أن معنى الأصل عدم الزيادة التابعة للأصل.

وأما قياسهم على زيادة السوق، فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أنه لم يضمن زيادة السوق إذا نقصت في يد المشتري، إذا نقصت في يد نفسه، ولما ضمن زيادة العين إذا نقصت في يد المشتري، ضمنها إذا نقصت في يد نفسه.

والثاني: أنه لما لم يضمن زيادة السوق إذا كانت موجودة وقت الغصب، لم يضمنها إذا حدثت بعد الغصب. ولما ضمن زيادة العين إذا كانت موجودة وقت الغصب، ضمنها إذا حدثت بعد الغصب.

ثم الفرق بين زيادة السوق والعين على أصول المذهب، من وجهين:

أحدهما: أن له على زيادة العين يداً، وليس له على زيادة السوق يد، فضمن زيادة العين بثبوت يده عليها، ولم يضمن زيادة السوق لارتفاع يده عنها.

والثاني: أن زيادة العين يكون فواتها نقصاً مضموناً لمنع المشتري بها من الرد بالعيب، وزيادة السوق لا يكون فواتها مع بقاء العين نقصاً مضموناً. ألا ترى أن المشتري لو ابتاع جارية تساوي ألفاً، فنقصت قيمتها بالسوق حتى صارت تساوي مائة، ثم وجد بها عيباً، لم يمنعه ذلك من ردها به، ولو كان ذلك نقصاً لكان ممنوعاً من الرد بالعيب.

وأما الجواب عن استدلالهم بدخول الشاة إلى داره، وإطارة الريح ثوباً إليها، فهو: أن صاحب الدار وإن لم يعلمه بحصولها في داره، فهو ضامن كالغاصب لتعديه بترك إعلامه. فعلى هذا، يبطل الاستدلال، وإن أعلمه لم يضمن.

والفرق بينهما: أن الغاصب يجب عليه رد الزيادة فضمنها، وصاحب الدار لا يجب عليه رد الشاة والثوب فلم يضمنها، وإنما عليه التمكين منها بعد الطلب.

وأما الفصل الثاني: وهو أن يغصبها زائدة فتنقص ثم تزيد، فصورته: فيمن غصب جارية تساوي ألفاً لصحتها، فتمرض حتى تساوي مائة، ثم تبرأ فتزيد بالبرء حتى تساوي ألفاً، ثم تسترد، فلا يخلو حال الزيادة في الطرفين من: أن تكون من جنس واحد، أو من جنسين:

فإن كانتا من جنسين، فمثاله: أن يغصبها مريضة تساوي ألفاً فيذهب عينها حتى تساوي مائة، ثم تبرأ من مرضها حتى تساوي ألفاً، فعليه إذا ردها أن يرد معها تسعمائة درهم نقص العمى، ولا يكون حدوث الزيادة ببرء المرض مسقطاً لغرم النقص بالعمى. وهكذا لو غصبها وقيمتها ألف لأنها كاتبة تحسن الخط، فنسيته حتى صارت قيمتها مائة، ثم تعلمت القرآن فصارت قيمتها بعد تعلمه ألفاً، ردها وتسعمائة معها، ولا تكون الزيادة بتعليم القرآن جبراً للنقص بنسيان الكتابة. وهكذا لو كانت تساوي عند غصبها ألفاً فمرضت حتى تساوي مائة، ثم زادت السوق فصارت تساوي مع بقاء المرض ألفاً، ردها ورد معها نقص المرض تسعمائة.

وإن كانت الزيادتان من جنس واحد، فمثاله: أن يغصبها وقيمتها ألف لسلامتها، فتذهب عينها حتى تساوي مائة، ثم تبرأ عينها فتساوي بعد برئها ألفاً، ويحدث بها مرض حتى تساوي قيمتها مائة، ثم تبرأ منه حتى تعود قيمتها فتصير ألفاً. أو تكون قيمتها ألفاً لحفظ القرآن، فتنساه فتصير قيمتها مائة، ثم تحفظه فتصير قيمتها ألفاً، ففي ضمان النقص وجهان:

أحدهما: وهو قول علي بن أبي هريرة: إنه غير مضمون على الغاصب لأن ضمان الزيادة بعود الزيادة لم يفت، استشهاداً بقول الشافعي فيمن جنى على عين رجل فابيضت فأخذ ديتها، ثم زال البياض: أنه يردُّ ما أخذ من الدية لارتفاع النقص بحدوث الصحة، فكذلك الغاصب.

والوجه الثاني: وهو قول أبي سعيد الاصطخري، والأشبه بأصول الشافعي رضي الله عنه: إنه مضمون على الغاصب، فيردها وتسعمائة معها. ووجهه: أن حدوث النقص قد أوجب ثبوت الضمان في ذمته، فما طرأ بعده من زيادة البرء فحادث على ملك المغصوب منه، فلم يجز أن يسقط به ما قد ملكه من الغرم. وليس كبياض العين بالجناية، لأنها مضمونة بالفعل، والغصب مضمون باليد.

فعلى هذا، يتفرع على هذين الوجهين إذا ماتت بعد برئها، ضمن على قول أبي علي بن أبي هريرة ألفاً هي قيمتها. وعلى مذهب أبي سعيد الاصطخري: يضمن ألفاً وتسعمائة. أما التسعمائة فينقصها، وأما الألف فقيمتها.

ويتفرع عليها إذا غصبها وهي تساوي ألفاً فمرضت حتى صارت قيمتها مائة، ثم برئت

حتى صارت قيمتها ألفاً، ثم مرضت حتى صارت قيمتها مائة، فعلى قول أبي علي: يردها وتسعمائة نقص مرة واحدة، وعلى قول أبي سعيد: يرد معها ألفاً وثمانمائة نقصها مرتين. وهكذا لو عاد نقصها مائة مرة، ضمن مائة نقص.

فلو عادت بعد النقص الثاني إلى البرء ثم ردها، لم يلزمه على قول أبي علي على شيء، ولزمه على قول أبي سعيد غرم نقصين.

فصل: وإذا غصب عبداً ثميناً يساوي ألفاً، فأهزله حتى ذهب سمنه ولم تنقص قيمته، لم يضمن شيئاً. ولو خصاه فلم تنقص قيمته، ضمن القيمة. والفرق بينهما: أن الهزال غير مقدر بالأرش ولا بالنقص، فإذا لم ينقص لم يكن له أرش، والخصاء مقدر بالقيمة إذا نقص لزمه ما تقدر من القيمة.

فصل: وإذا غصب عبداً يساوي مائة، فزادت السوق حتى صار يساوي ألفاً، ثم قطع إحدى يديه، فعليه خمسمائة نصف الألف لأن زيادة السوق مضمونة مع فوات العين، وهو مفوت بقطع إحدى اليدين نصف العين، فيضمن النصف بزيادة السوق.

وعلى هذا لو كانت قيمته عند الغصب ألفاً ثم نقصت السوق فصارت قيمته مائة ثم قطع إحدى يديه، ضمن خمسمائة لما ذكرناه تعليلاً. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ هَذَا فِي الْبَيْعِ الْفَاسِدِ وَالْحُكْم)[1].

قال الماوردي: وقد ذكرنا أن الغصب مضمون بأكثر ما كانت قيمته سوقاً وبدناً من حين الغصب إلى وقت التلف، فإن كانت العين باقية سقط ضمان نقصها في السوق، ولزم ضمان نقصها في البدن. وإن كانت تالفة، لزم ضمان نقصها في السوق والبدن. وذكرنا الفرق بين السوق والبدن مع بقاء العين، وذكرنا الفرق بين نقص السوق وبقاء العين وتلفها.

وقال أبو حنيفة: المغصوب مضمون بقيمته وقت الغصب، وفيما مضى من الفرق بين ما ذكر دليل عليه. فأما المقبوض عن بيع فاسد، فمضمون على المشتري لأنه مقبوض على وجه المعاوضة. فأما كيفية ضمانه، فقد قال الشافعي ها هنا: وكذلك هذا في البيع الفاسد، فاختلف أصحابنا على وجهين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٧.

أحدهما: أنه كضمان الغصب بأكثر ما كان قيمته، لأن الزيادة ملك للبائع لبقاء المبيع على ملكه، فاقتضى أن تكون مضمونة مع الأصل كالغصب، وهو الظاهر من قول الشافعي، وكذلك هذا في البيع الفاسد.

والوجه الثاني: أنه مضمون بالقيمة وقت القبض، ولا تكون الزيادة الحادثة بعد القبض مضمونة، لأن البائع أباحها بغير بدل. وتأولوا قول الشافعي رضي الله عنه، وكذلك هذا في البيع الفاسد بأحد تأويلين.

إما حمله على وجوب الضمان دون صفته، وإما حمله على ضمان الأجرة. والقول الأول أصح، وهو قول الأكثر من أصحابنا. لأن تعليل الوجه الثاني بإباحة الزيادة على غير بدل يفسد بالمنافع، لأنها وإن كانت مباحة بغير بدل فإنه يستحق بها الأجرة، فكذلك الزيادة، لأن الإباحة في الأمرين مع صحة العقد دون فساده. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فِي وَلَدِهَا الَّذِينَ وُلِدُوا فِي الْغَصْبِ كَالْحُكْمِ فِي بَدَنِهَا)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. ولد المغصوبة مضمون على الغاصب، سواء كان الحمل موجوداً عند الغصب أو حادثاً بعده.

وقال أبو حنيفة: ولد المغصوبة غير مضمون على الغاصب، سواء كان الغصب حملاً أو حادثاً، إلا أن يمنع منه بعد الطلب فيضمن بالمنع، استدلالاً بما ذكر في زيادة البدن: في أن حصول الشيء في يده من غير فعل لا يوجب الضمان عليه، كالريح إذا أطارت ثوباً والشاة إذا دخلت له داراً.

ودليلنا: هو أن ولد المغصوبة في يد الغاصب كالأم، بدليل أنه لو ادَّعاه لقبل قوله لمكان يده، فوجب أن يكون ضامناً له باليد كأمه. ولأن ضمان الغصب أقوى من ضمان الصيد، ثم ثبت أن ولد الصيد مضمون على المحرم، فولد الغصب أولى أن يكون مضموناً. ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أن ما ضمنت به الأم من التعدي ضمن به الولد، كالصيد على المحرم.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٧.

والثاني: أن ما ضمن به ولد الصيد ضمن به ولد المغصوبة، كما لو منع، ولأن أبا حنيفة يمنع من أن يكون حملها وقت الغصب مضموناً أو مغصوباً.

والدليل عليه هو: أنه نهى عن أصل مضمون بالتعدي، فصح أن يكون مضموناً ومغصوباً كالصوف واللبن. ولأنه متصل بالمغصوب، فصح أن يكون مضموناً كالسمن. ولأن ما ضمن بالجناية، ضمن بالغصب كالمنفصل. ولأن ما صح أن يضمن بالغصب خارج وعائه، صح أن يضمن به في وعائه، كالدرهم في كيس، والحلي في حقٍّ.

فأما الجواب عن استدلالهم بدخول الشاة إلى داره والثوب إذا أطارته الريح إليها، فهو: أنه لا يكون بذلك متعدياً فلم يكن ضماناً، ويكون بإمساك الولد متعدياً، فكان ضامناً. ألا ترى أن دخول الصيد إلى داره لا يوجب عليه الضمان لعدم تعديه، وولادة الصيد في يده توجب عليه الضمان لتعديه؟.

فصل: فإذا ثبت أن ولد المغصوبة مضمون على الغاصب، فسواء تلف بعد إمكان رده أو قبل إمكانه، فضمان قيمته في أكثر أحواله من حين الولادة إلى وقت التلف. فإن نقصت قيمة أمه بعد الولادة، فإن كان نقصها لغير الحمل ضمنه مع قيمة الولد، فإن كان نقصها لأجل الحمل لم يضمنهما معاً، لأن ضمان ولدها هو ضمان لحملها، فكان ضامناً لأكثر الأمرين: من نقص الحمل، وقيمة الولد.

فصل: فإذا تقرر ما وصفناه، فللولد ثلاثة أحوال يضمن فيها، وحال لا يضمن فيها، وحال مختلف فيها.

فأما حال الضمان: ففي الغصب، والجناية، والإحرام، فإن ضمان الولد فيها واجب كالأم. وأما حال سقوط الضمان: ففي الإجارة والرهن، والوديعة. فإن ولد المستأجرة والمرهونة والمودعة غير مضمون كالأم.

فأما الحال المختلف فيها: ففي العارية والبيع الفاسد، ففي ضمان الولد فيها وجهان مبنيان على اختلاف أصحابنا في ضمان الأم في العارية والبيع الفاسد، هل هو مضمون ضمان غصب أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنه ضمان غصب. فعلى هذا، يكون الولد مضموناً بأكثر الأمرين من قيمته، أو نقص الحمل كالغصب.

والوجه الثاني: أنه يكون مضمون ضمان عقد. فعلى هذا، يكون الولد غير مضمون، لأنه لم يدخل في العقد.

فصل: فأما إذا غصب مالاً فاتجر به وربح فيه، ففي ربحه قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم: إنه لرب المال، وهو مذهب مالك.

والقول الثاني: إنه للغاصب، وهو مذهب أبي حنيفة. ويذكر توجيه القولين في كتاب القراض.

فأما إذا غصب شيئاً فصاد به، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يكون آلة كالشبكة والقوس، فالصيد للغاصب، وعليه أجرة الآلة.

والضرب الثاني: أن يكون عبداً، فالصيد للمغصوب منه لأن يده يد لسيده، وهل على الغاصب أجرته في مدة صيده أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: عليه الأجرة لأنه غاصب.

والثاني: لا أجرة عليه، لأن السيد قد صار إلى منافعه في ذلك الزمان.

والضرب الثالث: أن يكون جارحاً كالكلب والفهد والنمر، ففي الصيد وجهان:

أحدهما: للغاصب لأنه المرسل. فعلى هذا، عليه أجرة الفهد والنمر، وهل عليه أجرة الكلب أم لا؟ على وجهين.

والوجه الثاني: أن الصيد للمغصوب منه تغليباً للمالك. فعلى هذا، هل يلزم الغاصب أجرة ذلك في زمان صيده أم لا؟ على ما مضى من الوجهين.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ بَاعَهَا الْغَاصِبُ فَأَوْلَدَهَا، الْمُشْتَرِي ثُمَّ اسْتَحَقَّهَا الْمَغْصُوبُ، أُخِذَ مِنَ الْمُشْتَرِي مَهْرُهَا وَقِيمَتُهَا إِنْ كَانَتْ مَيِّتَةً، وَأَخَذَهَا إِنْ كَانَتْ حَيَّةً، وَأَخَذَ مِنْهُ قِيمَةَ أَوْلَادِهَا يَوْمَ سَقَطُوا أَحْيَاءً، وَلاَ يُرْجَعُ بِقِيمَةِ مَنْ سَقَطَ مَيِّتاً، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِيَ عَلَى الْغَاصِبِ بِجَمِيعِ مَا ضَمِنَهُ مِنْ قِيمَةِ الْوَلَدِ لأَنَّهُ غَرَّهُ، وَلاَ أَرُدُّهُ بِالْمَهْرِ لأَنَّهُ كَالشَّيْءِ يُتْلِفُهُ فَلاَ يُرْجِعُ بِغُرْمِهِ عَلَى غَيْرِهِ. وَإِذَا كَانَ الْغَاصِبُ هُوَ الَّذِي أَوْلَدَهَا، أَخَذَهَا وَمَا نَقَصَهَا وَمَهْرَ مِثْلِهَا، وَجَمِيعَ وَلَدِهَا، وَقِيمَةَ مَنْ كَانَ مِنْهُمْ مَيِّتاً، وَعَلَيْهِ الحَدُّ إِنْ لَمْ يَأْتِ بِشُبْهَةٍ)[1].

(١) مختصر المزني: ص ١١٧.

قال الماوردي: اعلم أن الشافعي رضي الله عنه ذكر هنا مسألتين:

إحداهما: في وطء المشتري، فقدمها المزني.

والثانية: في وطء الغاصب، فأخرها المزني، وتقديمها أولى لأنها مقدمة لوطء المشتري.

فإذا وطيء الغاصب الجارية المغصوبة، لم يخل حاله من أحد أمرين:

إما أن تكون له شبهة أو لا شبهة له. فإن لم تكن له شبهة ووطئها عالماً بتحريم الزنا وإن وطء المغصوبة زناً، فعليه الحد لكونه زانياً، والولد إن جاءت به مملوك ولا يلحق به، لقوله ﷺ: «**الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ**»[1] وهو مضمون عليه إن مات أكثر ما كان قيمة. وإن وضعت ولداً ميتاً، ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: يكون مضموناً بقيمته لو كان حياً، كما يضمنه بالجناية إذا سقط ميتاً. وهو الظاهر من قول الشافعي رضي الله عنه، وقيمة من كان منهم ميتاً، ولعل هذا قول أبي العباس بن سريج.

والوجه الثاني: وهو الأصح، وبه قال أبو علي بن أبي هريرة: إنه لا يكون مضموناً، لأننا لم نعلم له حياة متيقنة حتى يضمن بالتلف ويستقر عليه حكم الملك.

والفرق بين الغصب والجناية: أن في الجناية مباشرة تعلق الحكم بها، وليس في الغصب مباشرة يتعلق الحكم بها. ألا ترى لو غصب حراً فمات لم يضمن، ولو جنى عليه ضمن؟ ويكون تأويل قول الشافعي رضي الله عنه: وقيمة من كان منهم ميتاً، إذا علم موته بعد حياته. فأما المهر فلا تخلو الأمة من أن تكون: مطاوعة، أو مستكرهة.

فإن كانت مستكرهة وجب المهر عليه، وسقط الحد عنها. وإن كانت مطاوعة حدَّ، وفي وجوب المهر عليه وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي العباس بن سريج: إن المهر عليه واجب لأنه حق لسيدها، فلا يسقط بمطاوعتها، كما لو بذلت قطع يدها لم يسقط عن القاطع ديتها.

والوجه الثاني: وهو ظاهر مذهب الشافعي رضي الله عنه، وقول جمهور أصحابه: إنه لا مهر لها عليه، لأنها بالمطاوعة تكون بغي، وَقَدْ «نَهَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ عَنْ مَهْرِ الْبَغْي»[2].

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

وخالف قطع اليدين منها، لأن القطع نقص دخل على بدنها وقيمتها. وليس الوطء نقص في بدنها ولا قيمتها. ثم إن كانت بكراً، فعليه أرش بكارتها بالافتضاض، لأنه استهلاك جزء منها، وهكذا يلزمه غرم ما نقص من قيمتها بالولادة. فإن تطاول زمان غصبها حتى يكون لمثله أجرة، فعليه أجرة مثلها، لأن منافع المغصوبة مضمونة.

فإن ماتت في يده ضمن جميع قيمتها أكثر ما كانت قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف، وسقط عنه أرش البكارة ونقص الولادة، لأنهما قد دخلا في ضمان أكثر القيم، ولا يسقط عنه ضمان المهر والأجرة، لأنها بدل عن منفعة لا تتعلق بالقيمة.

ولو سلمها الغاصب إلى ربها حاملاً فماتت بعد التسليم، نظر: فإن كان موتها بغير الولادة، فلا ضمان على الغاصب، لأنه قد برىء من ضمانها بالتسليم. وإن ماتت من ولادتها، ففي ضمان قيمتها على الغاصب قولان مبنيان على اختلاف قوليه في الزاني بالحرة إذا ماتت في ولادتها من زنا، فهل يضمن ديتها؟:

أحدهما: يكون ضامناً لقيمتها ودية الحرة لموتها بسبب منه، هو متعديه.

والقول الثاني: لا ضمان عليه من قيمة ولا دية، لأن السبب قد انقطع حكمه بنفيه عنه، فاقتضى أن ينقطع حكمه من تعلق الضمان به.

فأما إن مات ولدها بعد التسليم دونها، لم يضمنه قولاً واحداً، لأن وطأه إياها لا يكون سبباً لموت من تلده منه. ولكن لو نقصت قيمتها بولادته، كان في ضمانه لنقصه قولان كالموت. فهذا ما يتعلق بوطئه من الأحكام عند عدم الشبهة وهي تسعة: الحد، ونفي النسب، ورق الأولاد، وضمانهم بالتلف، والمهر مع الإكراه، وأرش البكارة، وأجرة المثل، ونقص الولادة، وضمان قيمتها بالموت قبل التسليم وبعده.

فصل: فأما إن كانت له شبهة، فالشبهة قد تكون من وجوه ثلاثة:

أحدها: الجهل بتحريم المغصوبة لحدوث إسلامه أو مقامه في بادية نائية عن الأمصار.

والثاني: الجهل بعينها وظنه أنها أمة يملكها.

والثالث: ما يختص بمالكها من أن تكون أمة لولده، أو صداقاً لزوجته ترى أنها لا تملك قبل الدخول إلا نصفها.

فإذا وطأ مع أحد هذه الشبه الثلاث، سقط الحد عنه لقوله ﷺ: «ادرأوا الحدود بالشبهات»[١] وولدها لاحق، لأن سقوط الحد بالشبهة جعلها فراشاً، والنبي ﷺ يقول: «الولدُ للفراش» ويكونون أحراراً لأنهم ولدوا في شبهة ملك، وعليه قيمتهم يوم سقطوا، لأنه لولا شبهته لرقوا، فصار بالشبهة مستهلكاً لرقهم، فضمن قيمتهم يوم الوضع والولادة.

وقال أبو حنيفة: عليه قيمتهم يوم الترافع إلى القاضي. وهذا خطأ، لأنه لم يجر عليهم رق بعد الرجوع، بل علقت بهم أحراراً، ولكن لتعذر قيمته عند العلوق اعتبرناها بعد الولادة والوضع.

فأما من وضعه ميتاً فلا قيمة على الواطىء فيه، بخلاف المولود ميتاً من زنا في أحد الوجهين.

والفرق بينهما: أنه مع الشبهة حر لا يضمن باليد حتى يعلم سبب ضمانه بغير اليد، وهو في الزنا مملوك يضمن باليد. فلو ضرب أجنبي بطنها فألقت جنيناً ميتاً، كان مضموناً على الضارب، بغرة عبد، لأنه جنين حر، والغرة للواطىء لأنه أب، وعلى الواطىء للسيد عشر قيمة الأم المستحق في جنين مملوك. فإن كانت الغرة مثل عشر قيمة الأم، أخذها السيد إلا أن يفتديها الواطىء بعشر القيمة.

وإن كانت الغرة أكبر من عشر القيمة، أخذ الواطىء الزيادة على العشر إرثاً بالأبوة. وإن كانت أقل، غرم تتمة عشر القيمة. فأما المهر والأجرة وأرش البكارة ونقص الولادة، فعلى ما مضى مع عدم الشبهة، لأن المهر معتبر بشبهة الموطوءة دون الواطىء، والأجرة والنقص مضمونان باليد، فلم تؤثر فيهما الشبهة.

وقال أبو حنيفة: نقص الولادة غير مضمون عليه، لدخوله فيما ضمن من قيمة الولد.

وهذا خطأ، لأن قيمة الولد معتبرة بنفسه، فامتنع أن يدخل فيه نقص الأم، وإنما يدخل النقص في قيمتها لو ضمنت بالتلف. وهكذا لو ماتت بعد تسليمها بالوضع والولادة، ضمن قيمتها قولاً واحداً، بخلاف موتها بالولادة من وطء غير الشبهة في أحد القولين.

والفرق بينهما: أن ولد الشبهة لاحق به، فكان سبب تلفها غير منقطع عن الغاصب حتى يحدث به التلف فضمنه، وهو مع عدم الشبهة غير لاحق به فانقطع النسب عنه قبل التلف، فلم يضمنه. فهذا حكم وطء الغاصب في الحالتين.

---

(١) سبق تخريجه.

فصل: فأما المشتري فشراؤه باطل وإن أجازه المالك، لفساد العقد، فلم يصح بإجارة من بعد. فإذا وطئها، فحكم وطئها فيما يتعلق به كالحكم في وطء الغاصب. فإن لم تكن له شبهة، فهو كالغاصب إذا وطيء بغير شبهة في وجوب الحد، واسترقاق الولد، وضمان المهر مع الإكراه، وأرش البكارة، ونقص الولادة، وأجرة المدة، وقيمتها وقيمة أولاده بالموت على ما مضى سواء.

ثم السيد مخير في الرجوع بذلك كله على الغاصب، أو المشتري، لأن كل واحد منهما ضامناً باليد. فإن رجع بذلك على المشتري، لم يرجع المشتري بشيء منه على الغاصب، لأن ارتفاع شبهة المشتري تكون مع علمه بالغصب، وهو مع علمه بالغصب غاصب، فلزمه ضمان ذلك، فلذلك لم يرجع بغرمه على الغاصب، ولكن يرجع عليه بالثمن الذي أخذه. وإن رجع السيد بذلك على الغاصب، بذلك كله على المشتري. إلا أن تكون الجارية قد نقصت قيمتها في يد الغاصب قبل قبض المشتري، فيختص بغرمه، ولا يرجع به على المشتري، لأن المشتري يضمن قيمتها أكثر ما كانت قيمة من وقت القبض إلى وقت التلف، ولا يضمن ما نقص منها قبل قبضه. ولا يجوز للسيد أن يرجع عليه به، ثم على الغاصب إذا رجع على المشتري بما غرمه أن يزيد عليه ما قبض من الثمن، فإن كان جنسين تقابضا، وأيهما بدأ بمطالبة صاحبه فذاك له. وإن كان من جنس واحد تقاضاه، فإن كان فضل تراجعا.

وإن كان للمشتري شبهة، وهي الشبه الثلاث في الغاصب، مع شبهة رابعة يختص بها دون الغاصب وهي: جهله بأن الأمة غصب، ثم حكمه فيما يجب بوطئه في حال الشبهة كالغاصب إذا وطيء بشبهة، على ما ذكرنا من الأحكام المقررة. إلا أن الغاصب في ضمان قيمتها يلتزم أكثر مما كانت قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف.

فأما المشتري، ففيه وجهان بناء على كيفية ضمان المقبوض ببيع فاسد:

أحدهما: يضمن قيمتها وقت القبض. فعلى هذا، إن كان قد حدث بها نقص قبل قبضها، أو حدث بها زيادة بعد قبضه، اختص الغاصب بتحملها.

والوجه الثاني: أن يضمن قيمتها أكثر ما كانت من وقت قبضه إلى حين التلف، ولا يضمن النقص الحادث قبل قبضه، ويضمن الزيادة الحادثة بعد قبضه، فيكون في الوجهين معاً غير ضامن للنقص الحادث قبل قبضه، وإنما الوجهان في الزيادة الحادثة بعد قبضه، فيكون في أحد الوجهين غير ضامن، وقد رواه الربيع في الأم.

وفي الوجه الثاني: يضمنها، وقد أشار إليه المزني في جامعه الكبير، ويكون ما لا يضمنه المشتري من فضل القيمة مرجوعاً به على الغاصب وحده، وما سوى ذلك فهو من ضمان المشتري.

فإن رجع به على المشتري نظر: فإن كان المشتري عالماً بالغصب، فلا رجوع له بشيء منه على الغاصب، وإنما يرجع عليه بما أخذه من الثمن. وإن كان المشتري غير عالم بالغصب، انقسم ما غرمه ثلاثة أقسام:

قسم: لا يرجع به.

وقسم: يرجع به.

وقسم: مختلف في الرجوع به.

فأما القسم الذي لا يرجع به، فهو ما كان مضموناً عليه بالعقد، وذلك ثلاثة أشياء: أرش البكارة، ونقص الولادة، وقيمتها إن ماتت. لا يرجع بشيء من ذلك على الغاصب، لأنه دخل بعقد البيع على التزام تحملها.

فأما القسم الذي يرجع به، فهو ما كان غير مضمون عليه بالعقد، ولم يكن في مقابلة عوض، وذلك قيمة الأولاد، فيرجع بها على الغاصب لأنه دخل بعقد البيع على أن لا يضمنهم، وليس له عوض في مقابلتهم.

فأما القسم المختلف فيه فهو: ما كان غير مضمون عليه بالعقد لكنه في مقابلة عوض، وذلك شيئان: المهر، والأجرة. لأن المهر في مقابلة الاستمتاع، والأجرة في مقابلة المنفعة. وهما مما تصح المعاوضة عليهما، ففي رجوعه بها على الغاصب قولان:

أحدهما: وهو قوله في القديم: يرجع بها على الغاصب، لأنه عاد له.

والقول الثاني: وبه قال في الجديد: لا يرجع بهما عليه لعلتين: ق

إحداهما: أنه غرم استحق بفعله.

والثانية: أن الغاصب متسبب، والمشتري مباشر، والضمان متعلق بالمباشرة دون السبب. والله أعلم.

فصل: ولو كان السيد قد رجع بذلك على الغاصب دون المشتري، نظر فإن كان المشتري عالماً بالغصب، يرجع بجميعه على المشتري، لأن المشتري لو غرمه مع علمه

بالغصب لم يرجع به على الغاصب، فكما غرمه المشتري لم يرجع به على الغاصب، فإذا غرمه الغاصب لم يرجع به على المشتري. فعلى هذا، للغاصب أن يرجع على المشتري بأرش البكارة، ونقص الولادة، وقيمة الجارية، لأن المشتري لا يرجع بهذه الثلاثة. وليس للغاصب أن يرجع بقيمة الأولاد، لأن المشتري يرجع بقيمتهم. وهل للغاصب أن يرجع بالمهر، والأجرة أم لا؟ على قولين:

أحدهما: لا يرجع، إذا قيل: إن المشتري يرجع. وهو قوله في القديم.

والثاني: يرجع، إذا قيل: إن المشتري لا يرجع. وهو قوله في الجديد.

فصل: فلو كان الغاصب قد وطأها قبل البيع، ثم وطأها المشتري بعد الشراء، تعلّق بوطء الغاصب ما ذكرناه في انفراده بوطئها، وتعلق بوطء المشتري ما ذكرنا في انفراده بوطئها، وكان ما لزم الغاصب غير مضمون على المشتري لتقدمه على يديه، ويرجع به السيد على الغاصب وحده. وكان ما لزم المشتري مضمون على الغاصب، لأنه حادث بعد يده، والسيد مخير في الرجوع به على أيهما شاء، ثم التراجع بينهما على ما ذكرنا.

فصل: فأما كونها أم ولد للواطىء من الغاصب أو المشتري، فإن كان مع عدم الشبهة لم تصر أم ولد في الحال، ولا إن ملكها في ثاني الحال؛ لأن الولد لم يلحق به، فلم يجز أن تصير أم ولد به. وإن كان مع الشبهة ولحق به الولد، لم تصر أم ولد قبل أن يملكها.

وقال المزني: تصير أم ولد للمشتري دون الغاصب، لشبهته وعدم علمه، وتقوم عليه، ولا ترتجع منه للحوق ولدها به في شبه ملك، فصار كأحد الشريكين في إحبال الأمة المشتركة، يوجب تقويم حصة الشريك عليه. وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن ولدها قد يلحق بالغاصب مع الشبهة، كما يلحق بالمشتري مع الشبهة. ثم لم يوجب ذلك تقويمها على الغاصب، فكذلك لا يوجب تقويمها على المشتري.

والثاني: أن من لم ينفذ عتقه قولاً مع جواز أمره، لم ينفذ فعلاً. وقد ثبت أن المشتري لو أعتقها لم ينفذ عتقه، فكذلك إذا أحبلها لم تصر أم ولده. فلهذين ما قلنا إنها على ملك السيد المغصوب منه، ولا تقوم على من حبلت منه.

فإن ملكها المحبل لها، فهل تصير له أم ولد بما تقدم من إحبالها؟ على قولين. لأنه إحبال في شبهة ملك. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ كَانَ ثَوْباً فَأَبْلَاهُ الْمُشْتَرِي، أَخَذَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي وَمَا بَيْنَ قِيمَتِهِ صَحِيحاً يَوْمَ غِصَبَهُ، وَبَيْنَ قِيمَتِهِ وَقَدْ أَبْلَاهُ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِيَ عَلَى الْغَاصِبِ بِالثَّمَنِ الَّذِي دُفِعَ، وَلَسْتُ أَنْظُرُ فِي الْقِيمَةِ إِلَى تَغَيُّرِ الأَسْوَاقِ، وَإِنَّمَا أَنْظُرُ إِلَى تَغَيُّرِ الأَبْدَان)[1].

قال الماوردي: وهذه المسألة أيضاً تشتمل على فصلين:

أحدهما: في إبلاء الغاصب له.

والثاني: في إبلاء المشتري.

فبدأ بالغاصب، فلا يخلو حاله في الثوب الذي غصبه من أربعة أقسام:

أحدها: أن لا يبلى في يده ولا تمضي عليه مدة يكون لها أجرة، فهذا يرد الثوب ولا شيء عليه سواه.

والقسم الثاني: أن يكون قد بلي ولم تمض عليه مدة يكون لها أجرة، فهذا يرده، ويرد معه أرش البلى لا غير.

والقسم الثالث: أن لا يبلى، ولكن قد مضت عليه مدة يكون لها أجرة، فهذا يرده ويرد معه أجرة مثله لا غير.

والقسم الرابع: أن يبلى وتمضي عليه مدة يكون لها أجرة، فهل يجمع عليه بين الأرش والأجرة أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: يجمع بينهما ويجبان عليه لاختلاف موجبهما، لأن الأرش يجب باستهلاك الأجزاء، والأجرة تجب باستهلاك المنفعة.

والوجه الثاني: أنهما يجتمعان عليه ويجب عليه أكثر الأمرين من الأرش والأجرة، لأن استهلاك الأجزاء في مقابلة الأجرة. ألا ترى أن المستأجر لا يضمن أرش البلى لأنه في مقابلة ما قد ضمنه من الأجرة، ولكن لو كان المغصوب عبداً فمضت عليه في يد الغاصب مدة هزل فيها بدنه وذهب فيها سمنه، لزمته الأجرة مع أرش الهزال وجهاً واحداً؟.

والفرق بينهما وبين الثوب: أن استعمال الثوب موجب لبلاه، وليس استخدام العبد موجباً لهزاله.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٧.

وأمَّا المشتري، فيلزمه ما يلزم الغاصب من الأرش والأجرة على ما وصفنا من الأقسام الأربعة، لكن عليه الأجرة وأرش البلى من وقت قبضه، لا من وقت الغصب. وقول الشافعي رضي الله عنه ها هنا: أخذه من المشتري وما بين قيمته صحيحاً يوم غصبه وما بين قيمته وقد أبلي، فليس بمحمول على ظاهره، وفيه لأصحابنا ثلاثة تأويلات:

أحدها: وهو تأويل أبي علي بن أبي هريرة: أنه محمول على أن قيمته يوم الغصب والبيع سواء.

والثاني: أنه محمول على أنه اشتراه يوم الغصب.

والثالث: هو تأويل أبي حامد الاسفراييني: أن معنى قوله من يوم الغصب، أي: من يوم صار المشتري في حكم الغاصب.

فإذا تقرر هذا، فما لزم الغاصب لا يضمنه المشتري، وما لزم المشتري يضمنه الغاصب، وللمالك الخيار والرجوع به على أيهما شاء. فإن رجع به على المشتري، لم يرجع المشتري بأرش البلى، وهل يرجع بالأجرة أم لا؟ على قولين.

وإن رجع به على الغاصب، رجع الغاصب على المشتري بأرش البلى، وهل يرجع بالأجرة أم لا؟ على قولين.

فصل: ولو أن غاصب الثوب أجره من رجل فأبلاه، ضمن المستأجر لربه أرش بلاه وأجرة مثله، وكان مخيراً بين الرجوع بهما عليه أو على الغاصب. فإن رجع بهما عليه، كان له أن يرجع على الغاصب بأرش البلى، لأن المستأجر لا يضمنه، ولا يرجع بالأجرة لأن المستأجر ضامن لها، ولكن يرجع عليه بما دفعه إليه من الثمن.

ولو رجع المالك على الغاصب، لم يرجع الغاصب بأرش البلى، ورجع بأجرة المثل بعد رد الثمن.

فصل: ولو أن غاصب الثوب أعاره، فرجع المالك على المستعير بالأجرة وأرش البلى، ففي رجوع المستعير بهما على الغاصب قولان. ولو كان المالك قد رجع بهما على الغاصب، كان في رجوع الغاصب بهما على المستعير قولان.

فصل: ولو أن غاصب الثوب أودعه، فرجع المالك على المودع بأرش البلى والأجرة،

رجع المودع بهما على الغاصب لأنه نائب عنه، وليس للغاصب لو غرمها أن يرجع بها على المودع.

فصل: ولو أن غاصب الثوب أودعه عند مالكه فتلف وهو لا يعلم به، ففي سقوط الضمان عنه وجهان من اختلاف قوليه فيمن غصب طعاماً ووهبه لمالكه فأتلفه وهو لا يعلم به. ولو أن مالك الثوب أودعه عند غاصبه، أو أجَّره فتلف، فإن كان فعل ذلك بعد قبضه سقط عنه الضمان، وإن كان قبل قبضه ففي سقوط الضمان وجهان ذكرناهما في الرهن، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (ولستُ أنظرُ في القيمة إلى تغيّر الأسواق وإنما أنظر إلى تغير الأبدان)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. نقص المغصوب مع بقاء عينه نوعان: نقص بدن، ونقص ثمن.

فأما نقص البدن فضربان:

ضرب: نقص عن حال الغصب، كالغصب سميناً فيهزل، أو صحيحاً فيمرض، فهو مضمون على الغاصب باتفاق.

وضرب: نقص عن زيادة حادثة بعد الغصب، كالمغصوب هزيلاً فيسمن ثم يهزل، أو مريضاً فيصح ثم يمرض، فهو مضمون الزيادة بالنقص. وقال أبو حنيفة: لا يضمن، وقد تقدم الكلام معه.

فصل: فأما نقص الثمن، فكأن المغصوب يساوي ألفاً لزيادة السوق، فيرده وهو يساوي مائة لنقص السوق، فهذا النقص غير مضمون على الغاصب.

وقال أبو ثور: هو مضمون عليه استدلالاً بأمرين:

أحدهما: أنه نقص يضمنه الغاصب مع تلف العين، فوجب أن يضمنه مع بقائها، قياساً على نقص البدن.

---

(١) النصّ مكرر في المسألة السابقة. المختصر: ص ١١٧.

والثاني: أنه عدوان يضمن به نقص البدن، فوجب أن يضمن به نقص الثمن، قياساً على تلف العين.

ودليلنا: أنه مغصوب لمن ينقص في بدنه، فوجب أن يبرأ الغاصب برد عينه، قياساً على ما لم ينقص من ثمنه. ولأن رد المغصوب بعينه أخص ببراءة الذمة في رد مثله، ثم ثبت أنه لو غصب ذا مثل فاستهلك ثم رد مثله وأرخص ثمناً لنقص سوقه، لم يلزمه رد مثله أن يضمن نقص ثمنه، فأولى إذا رده بعينه أن لا يضمن نقص ثمنه.

فأما جمعه بين نقص السوق مع بقاء العين، وبين نقصها مع تلف العين، فالفرق بينهما: أن نقص السوق مع بقاء العين غير مستهلك ولا فائت، لجواز عوده فلم يضمنه، وهو مع تلف العين مستهلك فائت فضمنه.

فأما جمعه بين نقص السوق والبدن، فالفرق بينهما من وجهين ذكرناهما مع أبي حنيفة:

أحدهما: ثبوت يده على زيادة البدن، فضمنها بالنقص، وارتفاع يده عن زيادة السوق فلم يضمنها بالنقص.

والثاني: أن نقص البدن عيب يمنع المشتري من الرد.

فصل: فإذا ثبت هذا، فنقص البدن مضمون مع بقاء العين، وتلفها ونقص الثمن غير مضمون مع بقاء العين، وهو مضمون مع تلفها. فعلى هذا، لو غصب ثوباً يساوي عشرة دراهم فبلي حتى نقص عشر ثمنه، ثم زاد الثوب لزيادة السوق حتى صار يساوي مائة، فعليه عشر العشرة التي هي الثمن الأول وذلك درهم واحد. لأن العشر في الثوب مستهلك قبل حدوث الزيادة، وهو لو استهلك جميع الثوب حتى كان يساوي عشرة، ثم صار مثله يساوي مائة، لم يلزمه إلا عشرة؛ فكذلك إذا استهلك عشر الثوب لم يلزمه إلا عشر العين.

ولو غصبه وهو يساوي مائة ثم نقص ثمنه بنقص السوق حتى صار يساوي عشرة، ثم بلي بعد نقص ثمنه بليّ نقصه عشر الثمن، ضمن عشر المائة وهو الثمن الأول وذلك عشرة دراهم، لأن الغاصب يضمن بالتلف أكثر ما كان ثمناً. ولو أتلف الثوب لزمته المائة، فكذلك إذا أتلف عشره لزمه عشر المائة، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَ الْمَغْصُوبُ دَابَّةً فَشَغَلَهَا

الْغَاصِبُ أَوْ لَمْ يَشْغَلْهَا، أَوْ دَاراً فَسَكَنَهَا إِوْ أَكْرَاهَا، أَوْ لَمْ يَسْكُنْهَا وَلَمْ يَكْرِهَا، فَعَلَيْهِ كِرَاءُ مِثْلُ كِرَاءِ ذَلِكَ مِنْ حِينِ أَخَذَهُ حَتَّى يَرُدَّهُ، وَلَيْسَ الْغَلَّةُ بِالضَّمَانِ إِلاَّ لِلْمَالِكِ الَّذِي قَضَى لَهُ بِهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. منافع المغصوب مضمونة على الغاصب بالأجرة، سواء انتفع أو لم ينتفع.

وقال أبو حنيفة: لا يضمنها، ولا أجرة عليه فيها، سواء انتفع أو لم ينتفع.

وقال مالك: يضمنها بالأجرة إن انتفع بها، ولا يضمنها إن لم ينتفع بها.

واستدلوا على سقوط الأجرة برواية أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ» فجعل الخراج والغلة لمن عليه ضمان الرقبة، فلما ضمن الغاصب الرقبة، سقط عنه ضمان الغلة.

قالوا: لأن منافع الأعيان تبع لها، فإذا ضمنت الرقبة دخل فيها ضمان المنفعة، كالمشتري لما ضمن الرقبة بالثمن دخل فيه ضمان المنفعة.

وتحريره: قال إن ما أوجب ضمان الرقبة سقط معه ضمان المنفعة كالبيع.

قالوا: ولأن منفعة الحر قد يصح المعاوضة عليها بالبدل ولا تضمن بالغصب، فكذلك منافع المملوك وإن صحت المعاوضة عليها بالبدل لم يضمنها بالغصب، ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أنها منافع أعيان، فلم تضمن بالغصب قياساً على منافع الحر.

والثاني: أن ما لا يضمن به منافع الحر، لم يضمن به منافع العبد كالعارية طرداً، والإجارة عكساً.

قالوا: ولأن المنفعة منفعتان: منفعة استمتاع توجب المهر، ومنفعة استخدام توجب الأجرة. فلما لم يضمن الغاصب منفعة الاستمتاع بالمهر، لم يضمن منفعة الاستخدام بالأجرة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٧ وتتمة المسألة: «وأدخل الشافعي رحمه الله على من قال: إن الغاصب إذا ضمن سقط عنه الكراء. قوله إذا اكترى قميصاً فاتتزر به، أو بيتاً فنصب فيه رحى: أنه ضامن، وعليه الكراء».

ويتحرر منه قياسان:

أحدهما: أنه نوع انتفاع، فوجب ألا يضمن بالغصب كالاستمتاع.

والثاني: أن ما لم يضمن به المهور لم يضمن به الأجور كالجناية.

قالوا: ولأن أصول الشرع مقررة على أن ما أوجب ضمان العين أسقط ضمان المنفعة، كالبيع، وما أوجب ضمان المنفعة، أسقط ضمان العين كالإجارة. وكانت الأصول مانعة من الجمع بين الأمرين، فلما أوجب الغصب ضمان العين وجب أن يسقط ضمان المنفعة.

وتحريره قياساً: أن ما أوجب أحد الضمانين منع من اجتماع الضمانين، كالبيع والإجارة.

ودليلنا: قوله تعالى: ﴿**فمَن اعتَدى عليْكُمْ فاعْتَدُوا عليه بمْثلِ ما اعْتَدَى عَلَيْكُم**﴾[1]، فلما لم يجز أن يعتدي على مالكه باستهلاك منافعه أوجب العموم مثلا مشروعاً وهو الأجرة، لأن القيمة أحد المثلين. ولأن ما ضمن بالعقود، ضمن بالغصوب كالأعيان. ولأن ما ضمن به الأعيان، ضمن به المنافع كالعقود. ولأن المنافع مال، بدليل أن ما جازت به الوصية تمليكاً كان في نفسه مالاً، كالأعيان. ولا يدخل عليه الكلب، لأن الوصية به بدل تمليك، لا تمليك. ولأن الوصية بالمنافع معتبرة من الثلث، فكانت مالاً كالرقاب. ولأن ضمان الغصب أعم من ضمان العقد، وضمان المنافع أعم من ضمان الأعيان، لأن الوقف مضمون بالغصب دون العقد، ويصح العقد منه على المنفعة دون الرقبة. فلما ضمنت المنافع بالعقود، فأولى أن تضمن بالغصوب.

ولو ضمن بالغصب الأعيان، فأولى به المنافع، فيكون هذا ترجيحاً في الأصلين من طريق الأولى، ويتحرر منه القياسان المتقدمان. ولأن منافع الأعيان قد تتنوع نوعين: نوع يكون نفعه باستهلاكه كالمأكول، ونوع يكون نفعه باستبداله واستخدامه كالثياب والعبيد. فلما ضمن الغصب نفع الاستهلاك، وجب أن يضمن به نفع الاستخدام، ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أنه نوع نفع، فوجب أن يضمن بالغصب كالأكل.

(١) سورة البقرة، الآية: ١٩٤.

والثاني: أن ما ضمن نفعه استبذالاً، كالمبذول عوضاً. ولأنه لما ضمن بالغصب ما لم ينتفع به من الأعيان التالفة في يده، فأولى أن يضمن ما قد استهلكه من المنافع بيده، لما ضمن المنافع بالمراضاة والاختيار، فأولى أن يضمنها مع الإكراه والإجبار.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «**الْخَرَاجُ بِالضَّمَانِ**» فهو أن الغاصب غير مراد به، لأنه جعل خراج الغلة لمن عليه ضمان الرقبة، والغاصب لا يملك الغلة مع ضمان الرقبة، فجاز أن يضمنها مع ضمان الرقبة؛ ويكون الحديث محمولاً على مالك الغلة الذي يملك بضمانه الرقبة وهو المشتري، وقد روي ذلك في الحديث نقلاً.

فأما قياسهم على المشتري، فالمعنى فيه: حدوث المنافع مع ملكه، فلذلك لم يضمنها، والمنافع في الغصب حادثة على ملك المغصوب فلذلك كان الغاصب ضامناً لها.

وأما قياسهم على منافع الحر، فقال الشافعي رضي الله عنه في كتاب السير: إن الإمام إذا أكره مشركاً أو الذمي حملا على كلام الشافعي في عبارته في الأم على الجهاد معه، فعليه أجرة مثله يوم إكراهه على الخروج معه.

واختلف أصحابنا في منافع الحر، هل تضمن بالتفويت أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: أنها مضمونة على من فوتها عليه بحبسه وتعطيله، استشهاداً بذلك من قول الشافعي رضي الله عنه، واستشهاداً بمنافع العبد. فعلى هذا، يبطل استدلالهم به.

والوجه الثاني: وهو أصح الوجهين، وبه قال جمهور أصحابنا: إن منافع الحر مضمونة بالتفويت والحبس، وإنما هي مضمونة بالاستهلاك والإجبار على العمل. وحملوا كلام الشافعي على أنه أوجب له الأجرة لإكراهه على الجهاد، فكذا حال الأحرار إذا أكرهوا على الأعمال استحقوا الأجرة. فعلى هذا، يكون الفرق بين المملوك حيث كانت منافعه مضمونة بالتفويت، وبين الحر حيث لم تضمن منافعه بالتفويت من وجهين:

أحدهما: أن العبد لما كان مضموناً باليد، كانت منافعه مضمونة باليد. والحر لما لم يضمن باليد، لم تضمن منافعه باليد.

والثاني: أن منافع الحر في يده، فلذلك لم تضمن إلا بالاستهلاك. وليست منافع العبد في يده، بل في يدي مالكه، فلذا ضمنها بالتفويت وبالاستهلاك. ألا تراه لو حبس حراً ومعه مال فتلف، لم يغرمه لأنه تالف في يد مالكه، ولو حبس عبداً ومعه مال فتلف ضمنه، لأنه في يد غاصبه؟.

وأما قياسهم على يد الاستمتاع من المهر، فنحن نوجبه بالغصب على المستكره، وفي الجواب بهذا مقنع، فأما بالمنع فلا نوجبه.

والفرق بين أجرة المنافع حيث وجبت بالمنع، وبين الاستمتاع حيث لم يجب بالمنع من وجهين:

أحدهما: أن سيد المغصوبة قد كان يقدر على مهرها بتزويجها، ولا يقدر على أجرتها بإجارتها، لأن تزويج المغصوبة يجوز، وإجارتها لا تجوز.

والثاني: أن المهر لا يزيد بطول المدة، ويمكن استدراكه بالعقد بعد ردها، فلم يضمنه لأنه لم يفت. والأجرة تزيد بطول المدة، ولا يمكن استدراك ما مضى بعد ردها، فضمنه لأنه قد فات.

وأما استدلاله بالمنع من الجمع بين ضمان المنفعة والعين بما ذكره من شاهدي البيع والإجارة، فالجواب عنه ما ذكره الشافعي رضي الله عنه: من أنه غير ممتنع أن يجتمع ضمان العين والمنفعة، كمن استأجر ثوباً فاتزر به، أو داراً فأسكن فيها حدادين: أنه يكون ضامناً للأجرة وللرقبة، فإن سلموا هذا كان نقصاً، وإن ارتكبوه فقد جعلوا لكل مستأجر أن يستوفي المنفعة، ويسقط عن نفسه الأجرة بالتعدي، فيصير مسقطاً لحق واجب بظلم وتعدٍ، والتعدي يوجب إثبات حق، ولا يجوز أن يوجب إسقاط حق. وفي القول بهذا من نقص الأصول ما لا يوازيه التحرز من التزام دليل.

ثم يقال له: ليس يمتنع أن يكون الفعل الواحد موجباً لحقين من وجهين، ألا ترى أن القتل يوجب الدية والكفارة وهما حقان، وقتل الصيد المملوك يوجب القيمة والجزاء، والسرقة توجب القطع والرد، فكذلك الغصب يوجب الضمان للأجرة وضمان العين؟.

فصل: فإذا تقرر أن منافع المغصوب مضمونة، فضمانها بشرطين:

أحدهما: أن تكون المنفعة مما يعارض عليها بالإجارة، وما لا تصح إجارته كالنخل والشجر والدراهم والدنانير لم يلزم في الغصب أجرة.

والثاني: أن يستديم مدة الغصب زماناً يكون لمثله أجرة، فإن قصر زمانه عن أن يكون لمثله أجرة لم يلزمه بالغصب أجرة.

فصل: وإذا غصب الرجل مكاتباً فحبسه زماناً، ضمن أجرة مثله، لأن المكاتب عبد يضمن باليد؛ وكذلك أم الولد. فأما السيد إذا حبس مكاتبه عن نصفه حولاً، ففيه قولان:

أحدهما: أنه يضمن أجرة مثله في الحول كالأجنبي.

والقول الثاني: أن عليه إنظاره بحال الكتابة حولاً مثل زمان حبسه، فكأنه أخر زمان كتابته. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ اسْتَكْرَهَ أَمَةً أَوْ حُرَّةً فَعَلَيْهِ الْحَدُّ وَالْمَهْرُ، وَلاَ مَعْنَى لِلْجِمَاعِ إِلاَّ فِي مَنْزِلَتَيْنِ، إِحْدَاهُمَا: أَنْ تَكُونَ هِيَ زَانِيَةً مَحْدُودَةً، فَلاَ مَهْرَ لَهَا. وَمَنْزِلَة تَكُونُ مُصَابَةً بِنِكَاحٍ فَلَهَا مَهْرُهَا، وَمَنْزِلَةً تَكُونُ شُبْهَةً بَيْنَ النِّكَاحِ الصَّحِيحِ وَالزِّنَا الصَّرِيحِ، فَلَمَّا لَمْ يَخْتَلِفُوا أَنَّهَا إِذَا أُصِيبَتْ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ أَنَّهُ لاَ حَدَّ عَلَيْهَا وَلَهَا الْمَهْرُ عِوَضاً مِنَ الْجِمَاعِ، انْبَغَى أَنْ يَحْكُمُوا لَهَا إِذَا اسْتُكْرِهَتْ بِمَهْرٍ عِوَضاً مِنَ الْجِمَاعِ لأَنَّهَا لَمْ تُبِحْ نَفْسَهَا، فَإِنَّهَا أَحْسَنُ حَالاً مِنَ الْعَاصِيَةِ بِنِكَاحٍ فَاسِدٍ إِذَا كَانَتْ عَالِمَةً)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا استكره الرجل امرأة على نفسها حتى وطئها كرهاً، وجب عليه الحد دونها. واختلفوا في وجوب المهر لها.

فذهب الشافعي رضي الله عنه: إلى وجوب المهر عليه حرة كانت أو أمة.

وقال أبو حنيفة: لا مهر عليه، حرة كانت أو أمة.

وقال مالك: إن كانت حرة فعليه المهر، وإن كانت أمة فلا مهر عليه.

واستدل من أسقط عنه المهر بما روي عن النبي ﷺ: «أَنَّهُ نَهَى عَنْ مَهْرِ الْبَغْيِ» بالتخفيف يعني: الزنا. وهذا زناً، فوجب أن يسقط فيه المهر. وروى ابن سيرين، عن أبي هريرة، أن النبي ﷺ «نهى عن كسب الزمَّارة»[2]. قال أبو عبيد: يعني الزانية، كنهيه عن مهر البغي.

قالوا: ولأنه وطء أوجب حداً، فلم يوجب مهراً، كالمطاوعة.

قالوا: ولأن الحد والمهر متنافيان، فلما وجب الحد إجماعاً سقط المهر حجاجاً.

قالوا: ولأن حكم الفعل معتبر بأحوال الفاعل، والزنا فعل الواطىء، فوجب أن يكون المهر معتبراً بحالة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٧.

(٢) حديث أبي هريرة: أخرجه أبو عبيد في غريب الحديث ١/ ٢٠٤ وقال: قال الحجاج: الزمارة الزانية. وقال أبو عبيد: فمعنى قوله هذا، مثل قوله: إنه نهى عن مهر البغي. وأخرجه الزمخشري في الفائق ١/ ٥٣٩ وقال الأحمصي: هي التي تغري الرجال على الفاحشة.

ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نُكِحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ فَإِنْ مَسَّها فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا»[١] والمستكره مستحل لفرجها، فاقتضى أن يلزمه مهرها.

فإن قيل: فقد خص النكاح بذلك ذكراً، فاختص به حكماً قبل الاستدلال من الخبر بتعليله، وهو قوله: «بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا» والتعليل عام. ولأنه وطء في غير ملك سقط الحد فيه عن الموطوءة، فاقتضى أن يجب المهر فيه على الواطىء، قياساً على النكاح الفاسد. وما ذكره الشافعي رضي الله عنه وهو: أن المغتصبة أحسن حالاً من المنكوحة نكاحاً فاسداً فمن وجهين:

أحدهما: أن المنكوحة مع علمها عاصية، والمغتصبة غير عاصية.

والثاني: أن المنكوحة ممكنّة، والمغتصبة مستكرهة. فلما وجب المهر للمنكوحة نكاحاً فاسداً، فأولى أن يجب للمستكرهة. ولأن منافع البضع تجري مجرى الأموال، لأنها تملك بعوض في النكاح، ويملك بها عوض في الخلع، ثم ثبت أن الأموال تضمن بالغصب، فكذلك منافع البضع. ثم لك أن تستدل بما ذكرنا من ضمان الأجرة، لأن أصلهما واحد والخلاف فيهما على سواء.

فأما الجواب عن «نهيه عن مهر البغي» فروي بالتشديد يعني: مهر الزانية، والمستكرهة غير زانية. ألا ترى أن الحد ساقط عنها، ولو كانت بغياً لوجب الحد عليها؟

وأما الجواب عن «نهيه عن كسب الزمارة» ففيه روايتان:

أحدهما: أنه نهى عن كسب الزمارة من الزمر والسعاية، فعلى هذا لا تعلق له بمسألتنا. **الثانية** أنه نهى عن كسب الزمّارة بالتشديد وتقديم الزاي المعجمة، فيكون كنهي البغي، وليست هذه بغياً ولا زانية.

وأما قياسهم على المطاوعة، فالمعنى فيه: وجوب الحد عليها.

وأما استدلالهم بتنافي المهر والحد، فصحيح، لكن يتنافى اجتماعهما في الموطوءة دون الواطىء.

---

(١) حديث عائشة: أخرجه الشافعي في مسنده: ٢/ ١١ والترمذي: (١١٠٢) وأبو داود (٢٠٨٣) وابن ماجة (١٨٧٩) والدارمي ٢/ ١٣٧ والبيهقي ٧/ ١٠٥ و١٢٤ ـ ١٢٥ والدارقطني ٣/ ٢٢٥ ـ ٢٢٦ وأحمد ٦/ ٤٧ وصححه الحاكم ٢/ ١٦٨ على شرط الشيخين والبغوي (٢٢٦٢).

والدليل على أن المهر يعتبر به شبهة الموطوءة: أن رجلاً لو تزوج امرأة فزفّت إليه غيرها، فوطئها وهو لا يعلم بها، فلا حد عليه. ثم ينظر في المرأة، فإن علمت فعليها الحد ولا مهر لها وإن لم تعلم فلا حد عليها، ولها المهر. فدل على أن المعتبر به شبهة الموطوءة دون الواطىء، لأن المهر يجب إن لم تعلم، ويسقط إن علمت.

وأما استدلالهم بأن الوطء فعل الواطىء، فكان حكمه معتبراً به. فالجواب عنه: أنه وإن كان فعلاً منه، فحكمه معتبر بحال من أتلف عليه. ألا ترى أن رجلاً لو قتل عبداً بإذن سيده سقطت القيمة عنه، ولو كان بغير إذنه وجبت القيمة عليه، وهو في الحالتين قاتل عاص، لكن سقط عنه في الحال الأول لرضا المتلف وإذنه، ووجب عليه في الحال الثانية لعدم رضاه وإذنه، كذلك الموطوءة إن طاوعت فهي راضية بإتلاف بضعها بغير بدل، وإن استكرهت فهي غير راضية بإتلافه على غير بدل.

فصل: فإذا ثبت وجوب المهر على المستكره واختلفا، فادعت الموطوءة الاستكراه، وادعّى الواطىء المطاوعة، ففيه قولان:

أحدهما: أن القول قول الواطىء مع يمينه، ولا مهر عليه اعتباراً ببراءة ذمته.

والقول الثاني: أن القول قول الموطوءة مع يمينها، ولها المهر لأنه متلف. ويشبه أن يكونا مبنيين على اختلاف قوليه، إذا اختلف رب الدابة وراكبها ورب الأرض وزارعها. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فِي السَّرِقَةِ حُكْمَانِ، أَحَدُهُمَا: لِلَّهِ عَزَّ وَجَلَّ، وَالآخَرُ: لِلآدَمِيِّينَ. فَإِذَا قُطِعَ لِلَّهِ تَعَالَى، أُخِذَ مِنْهُ مَا سَرَقَ لِلآدَمِيِّينَ، فَإِنْ لَمْ يُؤْخَذْ فَقِيمَتُهُ، لأَنِّي لَمْ أَجِدْ أَحَداً ضَمِنَ مَالاً بِعَيْنِهِ بِغَصْبٍ أَوْ عُدْوَانٍ، فَيَفُوتَ إِلاَّ ضَمِنَ قِيمَتَهُ وَلاَ أَجِدُ فِي ذَلِكَ مُوسِراً مُخَالِفاً لِمُعْسِرٍ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا سرق سارق نصاباً محرزاً، فإن كان المسروق باقياً استرد وقطع إجماعاً، وإن كان تالفاً فقد اختلف الفقهاء على ثلاثة مذاهب:

أحدها: وهو مذهب الشافعي رضي الله عنه: أن يغرم ويقطع موسراً كان أو معسراً.

(١) مختصر المزني: ص ١١٨. وتتمة المسألة: «وفي المغتصبة حكمان، أحدهما: لله، والآخر: للمغتصبة بالمسيس الذي العوض منه المهر، فأثبت ذلك، والحدّ على المغتصب، كما أثبت الحدّ والغرم على السّارق».

والمذهب الثاني: وهو مذهب أبي حنيفة: أنه يقطع ولا يغرم موسراً كان أو معسراً، إلا أن يعفو المسروق منه عن القطع، فيغرم، ولا يجمع بين القطع والغرم.

والمذهب الثالث: وهو مذهب مالك: أنه إن كان موسراً قطع وأغرم، وإن كان معسراً قطع ولم يغرم.

واستدلوا على سقوط الغرم بقوله تعالى: ﴿وَالسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالاً﴾(١). فجعل جزاء كسبهما القطع دون الغرم.

وبرواية المفضل بن فضالة، عن يونس بن زيد. وبرواية عمرو بن شعيب، عن أبيه عن جده أن النبي ﷺ قال: «إِذَا قُطِعَتْ يَدُ السَّارِقِ فَلَا غُرْمَ عَلَيْهِ»(٢) ولأن أخذ القيمة من السارق يجعلها ملكاً له، والإنسان لا يقطع في ملكه. ولأن القطع والغرم عقوبتان، ولا تجتمع عقوبتان حداً في ذنب واحد.

ودليلنا: قوله ﷺ «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّيَهُ»(٣)، فجعل الأداء غاية الحكم. ولأنه متعد بالمنع إلى وقت التلف مع اعتقاد وجوب الرد، فوجب أن يلزمه الغرم كالغاصب. وقولنا: مع اعتقاد وجوب الرد، احترازاً من الحربي. ولا يدخل عليه العبد إذا سرق من سيده، لأن الغرم وجب بالتلف، ثم سقط بالملك. ولأنه مال وجب رد عينه بحكم

---

(١) سورة المائدة، الآية: ٣١.

(٢) أخرج الدارقطني ٣/ ١٨٢ من طريق فضالة، عن يونس بن يزيد، عن سعد بن إبراهيم، عن أخيه، عن مسور بن إبراهيم، عن عبد الرحمن بن عوف، قال: قال رسول الله ﷺ: «لا غرم على السارق بعد قطع يمينه». ونقل عن أبي صالح قال: قلت للمفضل بن فضالة: يا أبا معاوية، إنما هو سعيد بن إبراهيم، فقال: هكذا حدّثني، أو قال: في كتابي. وسعيد بن إبراهيم مجهول، والمسور لم يدرك عبد الرحمن بن عوف، وإن صحّ إسناده كان مرسلاً.

وأخرجه عن المفضل، عن يونس بن يزيد، عن الزهري، عن سعد، عن المسور، عن ابن عوف، وقال الدارقطني: وهذا وهم من وجوه عدة.

وأخرج البيهقي وجوه الحديث ٨/ ٢٧٧. وقال في المعرفة: رواه المفضل بن فضالة قاضي مصر، واختلف فيه عليه. . . وقال: فإن كان سعد هذا هو ابن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف، فقال أهل العلم بالحديث: لا نعرفه له في التواريخ أخاً، معروفاً بالرواية يقال له المسور، وأن كان غيره فلا نعرفه.

وفي التعليق المغني ٣/ ١٨٢ «أخرجه النسائي وقال: هذا مرسل وليس بثابت، ورواه البزار والطبراني وقالا: منقطع، وقال عبد الحق في أحكامه: إسناده منقطع. . .».

(٣) سبق تخريجه.

السرقة، فوجب أن يلزم رد بدله عند التلف، قياساً على ما لم يجب فيه القطع. ولأنه مال مأخوذ على وجه العدوان، فوجب أن يستوي حكم قليله وكثيره في الغرم، كالغصب. ولأن الغرم حق للمسروق منه ثبت في قليل الملك، فوجب أن يثبت في كثيره، قياساً على رد العين. ولأن ما ضمن نقصانه، ضمن بالتلف جميعه، كالمبيع في يد البائع. ولأن المال الكثير يغلظ حكمه بإيجاب القطع، فلم يجب أن يستفاد من تغليظ الحكم التخفيف بإسقاط الغرم.

فأما الجواب عن الآية، فهو: أن القطع جزاء السرقة، والغرم جزاء التلف. ألا تراه لو أتلف المسروق في حرزه لزمه الغرم دون القطع، ولو كان باقياً بعد إخراجه من حرزه لزمه القطع ولا غرم؟

وأما الجواب عن الخبر مع ضعفه ووهاء إرساله وإسناده، فهو: محمول على إسقاط غرم العقوبة، لأن العقوبة كانت في صدر الإسلام بالغرامة، فكان يغرم السارق مثلي ما سرق ليكون أحدهما حداً والآخر غرماً، فصار القطع حين ثبت مسقطاً لغرم الحد.

وأما الجواب عن قولهم: أنه يصير بالغرم مالكاً، فهو: أن ما تلف لا يصح أن يستحدث عليه ملك، وإنما يلزمه الغرم استهلاكاً.

وأما الجواب عن قولهم: إن القطع والغرم عقوبتان فلم يجتمعا، فهو: أنهما وجبا بسببين مختلفين، فجاز أن يجتمعا كما يجتمع في العبد القيمة والحد، أو في القتل: الكفارة، والدية. ولو كان لتنافي اجتماعهما أن يسقط أحدهما بالآخر، لكان سقوط القطع بإيجاب الغرم أولى من سقوط الغرم بإيجاب القطع، لأن القطع حق الله تعالى يسقط بالشبهة؛ والغرم حق الآدمي لا يسقط بالشبهة. وهكذا القول في الحد والمهر، والله أعلم.

فصل: فلو أحرز السارق السرقة فسرقها آخر، لم يقطع الثاني وقطع الأول، لأن إخراجها من حرز السارق الأول واجب.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ غَصَبَ أَرْضاً فَغَرَسَهَا، قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ» فَعَلَيْهِ أَنْ يَقْلَعَ غَرْسَهُ، وَيَرُدَّ مَا نَقَصَتِ الأَرْضُ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. وقد ذكرنا أن الأرض والعقار يجري عليها حكم الغصب إبراءاً أو ضماناً وبه قال فقهاء الحرمين والبصرة.

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

وخالف أهل الكوفة، فقال أبو حنيفة: لا يجري على الأرض حكم الغصب ولا حكم الضمان باليد، وهو قول أبي يوسف الأول.

وقال محمد بن الحسن: يجري عليهما حكم الضمان باليد، ولا يجري عليهما حكم الغصب، وهو قول أبي يوسف الأخير. وقد مضى الكلام مع أبي حنيفة، ويدخل فيه الكلام مع محمد فيقال له: كل ما ضمن باليد ضمن بالغصب كالمنقول، على أن ليس لفرقة بين ضمان اليد وضمان الغصب تأثير، وإذا صح غصب الأرض فلا يخلو حال صاحبها: من أن يكون قد شغلها بغراس أو بناء، أو لم يشغلها.

فإن لم يكن قد شغلها بغرس أو بناء، ردها وأجرة مثلها مدة غصبه. وإن شغلها بإحداث غرس أو بناء، أخذ بقلع بنائه وغرسه، ولا يجبر على أخذ قيمتها سواء أضر قلعها بالأرض أم لا.

وقال أبو حنيفة: إن لم يضر القلع بالأرض إضراراً بيّناً، فله القلع، ولا يجبر على أخذ القيمة. وإن كان في قلعه إضراراً في الأرض، فرب الأرض بالخيار بين أن يبذل له قيمة الغرس والبناء مقلوعاً فيجبر على أخذها، وبين أن يأخذه بقلع الغرس والبناء فيجبر على قلعها، استدلالاً بما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ».

وبما روى مجاهد بن جبر: أَنَّ رَجُلاً غَصَبَ قَوْماً أَرْضاً بَرَاحاً، فَغَرَسَ فِيهَا نَخْلاً، فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى عُمَرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فَقَالَ لَهُمْ عُمَرُ: إِنْ شِئْتُمْ فَادْفَعُوا إِلَيْهِ قِيمَةَ النَّخْلِ.

وروى رافع أن النبي ﷺ قال: «مَنْ زَرَعَ أَرْضَ قَوْمٍ بِلَا إِذْنِهِمْ، فَلَيْسَ لَهُ فِي الزَّرْعِ شَيْءٌ، وَلَهُ نَفَقَتُهُ»[1] قال: ولأن من دخل تمليكاً على ملك، استحق المالك إزالة ملك الداخل كالشفيع.

ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَا يَحِلُّ مَالُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسٍ مِنْهُ».

وروى هشام بن عروة عن أبيه، أَنَّ رَجُلاً غَصَبَ أَرْضاً مِنْ رَجُلَيْنِ مِنْ بَنِي بَيَاضَةَ مِنَ الأَنْصَارِ، فَغَرَسَهَا نَخْلاً عَمًّا، فَرُفِعَ ذَلِكَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ «فَأَمَرَ بِقَلْعِهِ، وَلَمْ يُجْعَلْ لِرَبِّ الأَرْضِ خِيَاراً»[2] ولو استحق خياراً لأعلمه وحكم به. ولأن يسير الغرس والبناء أشبه بأن

---

(١) حديث رافع بن خديج: أخرجه البيهقي ٦/١٣٦.

(٢) أخرجه البيهقي ٦/٩٩.

يكون تبعاً للأرض من كثيره، فلما لم يكن لرب الأرض أن يتملك يسيره، فأولى أن لا يتملك كثيره. ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أن ما لم يملك بالغصب يسيره، لم يملك به كثيره كالمتاع.

والثاني: أنه عدوان لا تملك به الأعيان المنفصلة، فوجب أن لا تملك به الأعيان المتصلة، كاليسير.

وأما الجواب عن قوله ﷺ: «لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ» فهو أن رفع الضرر مستحق، ولكن ليس بتملك العين، وإنما يكون بما سنذكره.

وأما قضية عمر رضي الله عنه فمرسلة، لأن مجاهداً لم يلق عمر، ثم لا دليل فيها من وجهين:

أحدهما: أنها قضية في عين، إن لم تنقل شرحاً لم تلزم حكماً.

والثاني: أن قوله: «إن شئتم فادفعوا قيمة النخل» بعد أن طلب صاحبها ذلك، وهذا عندنا جائز.

وأما قوله «مَنْ زَرَعَ أَرْضَ قَوْمٍ بِغَيْرِ إِذْنِهِمْ فَلَيْسَ لَهُ فِي الزَّرْعِ شَيْءٌ» ففيه جوابان:

أحدهما: أنه يستعمل على أنه زرع أرضهم ببذرهم.

والثاني: ليس له في الزرع حق الترك والاستبقاء بما بيّنه بقوله: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ».

وقوله: «فَلَهُ نَفَقَتُهُ» يحتمل أمرين:

أحدهما: أنه أراد زرعه، فعبر عن الزرع بالنفقة.

والثاني: أنه أراد «وله نفقته» في أنه لا يرجع بها.

وأما قياسهم على الشفعة فمنتقض بإدخال المتاع ويسير الغراس والبناء، ثم المعنى في الشفعة: أن الملكين لا يتميزان، ولذلك خصصنا الشفعة بالخلطة، وفي الغصب يتميز، فصار كالجار الذي لا يستحق عندنا شفعة.

فإذا ثبت هذا، فلا يخلو حال الغرس والبناء من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون ملكاً للغاصب.

والثاني: أن يكون مغصوباً من رب الأرض.

والثالث: أن يكون مغصوباً من غيره.

فأما القسم الأول: وهو أن يكون ملكاً للغاصب، فلرب الأرض والغاصب أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على ترك الغرس والبناء بأجر وبغير أجر، فيجوز ما أقام على إنفاقهما، لأن الحق فيه مختص بهما، ثم ينظر: فإن كان بعقد صحيح استحق المسمى فيه، ولم يكن له الرجوع في مطالبة المستأجر بالقلع قبل ما يقضي المدة، سواء علم قدر أجرة المثل أو لم يعلمها. وإن كان بغير عقد، فله أجرة المثل ما لم يصرح بالعفو عنهما، وأن يأخذه بالقطع متى شاء.

والحال الثانية: أن يتفقا على أخذ قيمة الغرس والبناء قائماً أو مقطوعاً، فيجوز ويكون ذلك بيعاً يراعى فيه شروط المبيع، لأنه عن مراضاة. فإن كان على الشجر ثمر ملكه الغاصب، إن كان مؤبراً كالبيع ولا يلزم الغاصب أرش ما كان ينقص من الأرض لو قلع، لأنه لم يقلع. فلو كان الغاصب قد باع الغرس والبناء على غير مالك الأرض، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يشتريه بشرط الترك، فالبيع باطل لأن تركه غير مستحق.

والثاني: أن يشتريه بشرط القلع، فالبيع جائز. فإذا قلعه المشتري فأحدث القلع نقصاً، فأرشه على الغاصب دون المشتري لحدوثه عن تعدية.

والثالث: أن يشتريه مطلقاً ففي البيع وجهان:

أحدهما: باطل، لأن العرف في البناء والغرس الترك، وذلك غير مستحق.

والثاني: أن البيع جائز، ويأخذ المشتري بالقلع، وله الخيار إن شاء علم أم لم يعلم.

والحال الثالثة: أن يتفقا على أخذ ثمن الأرض من الغاصب، فيجوز وتسقط المطالبة عن الغاصب إلا بثمن الأرض، وليس له أن يطالب بعد الثمن بأرش النقص لو قلع، لأنه لم يقلع. ولو كان رب الأرض قد باعها على أجنبي غير الغاصب، كان للأجنبي الذي ابتاعها أن يأخذ الغاصب بقلع بنائه وغرسه. فإذا قلع، لم يكن للأول أن يطالب الغاصب بأرش القلع لزوال ملكه قبل القلع، ولا للمشتري أن يطالبه به لأنه عيب قد دخل على رضى به، ويكون البيع سبباً لسقوط الأرش عن الغاصب.

والحال الرابعة: أن لا يتفقا على أحد الأحوال الثلاث، فيؤخذ الغاصب بالقلع لقوله ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ». فإذا قلع بريء من أجرة الأرض بعد قلعه، ثم ينظر حال الأرض: فإن لم تنقص بالقلع شيئاً فلا شيء على الغاصب، وقد بريء من رد الأرض بعد القلع من ضمان الغصب وحكمه. وإن نقص القلع فيها فصارت حفراً تضر بها، فالغاصب ضامن لها. غير أن الشافعي رضي الله عنه قال ها هنا: يرد ما نقصت الأرض. وقال في كتاب البيوع في قلع الحجارة المستودعة: إن عليه تسوية الأرض ولا يتركها حفراً. فاختلف أصحابنا، فكان بعضهم يخرج ذلك على قولين في البيع والغصب:

أحدهما: يرجع بأرش النقص في الموضعين، لأنه نقص فعل مضمون.

والقول الثاني: أن عليه تسوية الأرض في الموضعين حتى لا تكون حفراً، لأن زوال التعدي بالمثل أولى من القيمة.

وقال آخرون: بل الجواب على ظاهره في الموضعين، فيلزمه في الغصب أرش النقص، وفي البيع تسوية الأرض. والفرق بينهما: أن الغاصب متعد فنغلظ حكمه بالأرش، والبائع غير متعد فنخفف حكمه بتسوية الأرض.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يكون الغرس والبناء ملكاً لرب الأرض. فإن رضي رب الأرض أن يأخذ الأرض بغرسها وبنائها قائماً أخذه، فلا شيء عليه من مؤنة البناء، وليس للغاصب أن ينقص الغرس والبناء، لأنه لا يستفيد بقلعها شيئاً، فصار ذلك منه سفهاً. وإن طالب رب الأرض الغاصب بقلع الغرس والبناء لينفصلا عن الأرض. فإن كان له في ذلك غرض يصح أن يكون مقصوداً أجبر الغاصب على القلع، ولزمه نقص الغرس والبناء عما كان قبل أن غرس وبنى ونقص الأرض على ما وصفنا من المذهبين. وإن لم يكن في قلعه غرض يصح لقاصد، فهل يجبر الغاصب على قلعه أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لا يجبر عليه، لأنه عبث وسفه.

والوجه الثاني: يجبر عليه، لأن المالك متحكم على الغاصب لتعديه.

فعلى هذا، لو كانت قيمته تنقص إن قلع عما كانت عليه قبل الغرس والبناء، فطالبه بأرش النقص مع ترك الغرس والبناء قائماً، فإن قيل بالوجه الأول: إنه لا يجبر على القلع، لم يكن له أرش إذا لم يكن له قائماً نقص. وإن قيل بالوجه الثاني: إنه يجبر على القلع،

استحق الأرش إن كان قائماً غير ناقص، لأنه لما استحق المطالبة به مع التزام مؤنة القلع فأولى أن يستحق المطالبة به مع عفوه عن القلع.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون الغرس والبناء مغصوبين من غير مالك الأرض، فلكل واحد من رب الأرض ورب الغرس أن يأخذ الغاصب بالقلع، ثم يرجع كل واحد منهما عليه بأرش ما نقص من ملكه. فيرجع رب الأرض بما نقص من أرضه، ويرجع رب الغرس بما نقص من غرسه.

فلو أن رب الأرض اشترى الغرس من ربه قبل القلع، صار مالكاً لهما، وله أن يأخذ الغاصب بالقلع إن كان في قلعه غرض صحيح، ويأخذ منه نقص الأرض دون الشجر، لأنه استحدث ملك الشجر بعد الغصب.

ولو أن رب الشجر اشترى الأرض من ربها قبل القلع، صار مالكاً لها، وكان له مطالبة الغاصب بالقلع إن كان في قلعه غرض صحيح، ثم يأخذ منه نقص الشجر دون الأرض لأنه استحدث ملك الأرض بعد الغصب. فلو كان كل واحد منهما على ملكه، وأبى الغاصب أن يلتزم لهما مؤنة القلع، واختلفا في تحملها، ففيمن تجب عليه وجهان:

أحدهما: أنها تجب على صاحب الأرض، لأنه يريد خلاص أرضه.

والثاني: أنها تجب على صاحب الغرس، لأنه يريد أخذ غرسه. ثم هي لمن غرمها دين على الغاصب.

فصل: فلو أطارت الريح أو حمل السيل حنطة رجل إلى أرض آخر، فنبتت فيها، فقد اختلف أصحابنا في إقراره على وجهين حكاهما أبو القاسم بن كج:

أحدهما: يقلع، لأن حكم العمد والخطأ في الأموال سواء.

والثاني: يقر على حاله إلى وقت حصاده، لأن مالكه غير متعد به.

وأصح عندي من هذين الوجهين: أن ينظر في الزرع بعد قلعه، فإن كانت قيمته مقلوعاً كقيمة الحنطة أو أكثر، أجبر على قلعه لأنه لم يدخل عليه نقص حين نبتت. وإن كانت قيمته لو قلع أقل من قيمة الحنطة، ترك ولم يقلع لأنه لم يتعد فيلتزم ضرر عدوانه. وما يدخل على رب الأرض من الضرر، فقد استدركه بالأجرة التي يستحقها بعد العلم والتنازع، ولا أجرة لرب الأرض فيما قبل، لأنه لم يكن منه فعل يتعلق به ضمان.

وقال مالك: قد زال ملك الأول عما احتمله السيل من الحنطة، وصار ملكاً للثاني. وهذا خطأ، لأن ضياع المال لا يزيل ملك ربه عنه، والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ حَفَرَ فِيهَا بِئْراً فَأَرَادَ الْغَاصِبُ دَفْنَهَا، فَلَهُ ذَلِكَ، وَإِنْ لَمْ يَنْفَعْهُ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا غصب أرضاً وحفر فيها بئراً، كان متعدياً بحفرها، وعليه سدها وضمان ما تلف فيها. ثم لا يخلو حال رب الأرض والغاصب من أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على سدها ليبرأ الغاصب من ضمان ما يسقط فيها. فإن لم يكن للأرض بعد سدها أرش، فلا شيء عليه سوى أجرة المثل في مدة الغصب. وإن كان لها أرش، كان عليه غرمه مع الأجرة.

والحال الثانية: أن يتفقا على تركها، فذاك لهما. وعلى الغاصب ضمان ما سقط فيها لتعديه بحفرها، وليس لرب الأرض أن يطالبه بمؤنة السد، وإنما له أن يأخذه متى شاء بالسد.

والحال الثالثة: أن يدعو رب الأرض إلى سدها ويأبى الغاصب، فإن الغاصب يجبر على سدها إن كان فيه غرض صحيح لقوله ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ».

قال الشافعي رضي الله عنه: والعروق أربعة، عرقان ظاهران: الغرس، والبناء. وعرقان باطنان: البئر، والنهر. وإن لم يكن فيه غرض صحيح، فعلى وجهين كما قلنا في قلع الغرس والبناء.

والحال الرابعة: أن يدعو الغاصب إلى سدها ويأبى ربها، فإن لم يبرئه ربها من ضمان ما تلف فيها فله سدها ليستفيد به سقوط الضمان عنه، وإن أبرأه بها من الضمان ففيه وجهان:

أحدهما: أن للغاصب أن يسدها، لأن الضمان قد يجب لغيره، فلا يسقط بإبرائه.

والوجه الثاني: أن الغاصب يمنع من سدها، لأنه بالإبراء يصير كالإذن له في الابتداء، فيرتفع التعدي، ولا يلزمه ضمان. وهذا قول أبي علي بن أبي هريرة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

فصل: وأما إذا دفن في الأرض المغصوبة ميتاً، أخذ الغاصب بنبشه منها، وإن كان فيه انتهاك حرمة الميت، لأن دفنه فيها عدوان يأثم به الدافن، ثم إذا نبش ضمن أرش نقصها إن نقصت. فلو قال مالك الأرض: أنا أقر الميت مدفوناً في الأرض إن ضمن لي نقص الأرض بالدفن فيها، ففي إجبار الغاصب على بذله وجهان:

أحدهما: يجبر على بذله حفظاً لحرمة الميت المتعدي هو بدفنه فيها.

والوجه الثاني: لا يلزمه ذلك، لأنه مدفون بغير حق.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ لَوْ زَوَّقَ دَاراً كَانَ لَهُ نَزْعُ التَّزْوِيقِ حَتَّى يَرُدَّ ذَلِكَ بِحَالِهِ)[١].

قال الماوردي: اختلف أصحابنا في تأويل قوله: «وكذلك لو زوّق داراً».

فكان بعض المتقدمين منهم يرويه: «وكذلك لو روق» بالراء غير المعجمة من الرواق، ويجعل حكمه حكم البناء، فيكون على ما مضى.

وذهب جمهورهم: إلى أن الرواية «وكذلك لو زوق» بالزاي معجمة من التزاويق والزخرفة، لأن الزواق من جملة البناء، وقد ذكره من قبل. فعلى هذا، إذا زوق داراً مغصوبة فلا يخلو حال مالكها وغاصبها من أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على ترك التزاويق لحالها فذلك لها، إلا أن يكون فيها محظور من صور ذات أرواح، فلا يجوز تركها.

والحال الثانية: أن يتفقا على قلعها وإزالتها، فذلك لها سواء انتفع الغاصب بالقلع أم لا. ثم إن أثر القلع في الحيطان نقصاً، فعلى الغاصب غرامة أرشه.

والحال الثالثة: أن يدعو الغاصب إلى قلعها ويأبى رب الدار، فإن كان له مرجوع بعد القلع فللغاصب قلعها لأنه مال له، وإن لم يكن له مرجوع فليس للغاصب قلعها، لأنه لا يستفيد بقلعها إلا إتعاب نفسه وأعوانه وإذهاب نفقته.

والحال الرابعة: أن يدعو رب الدار إلى قلعها ويأبى الغاصب: فإن كان تركها موكساً للدار، أجبر الغاصب على القلع وغرامة الأرش. وإن كان زائداً أو لم يكن موكساً، فإن تركه الغاصب مستبقياً له على ملكه أجبر على القلع، وإن تركه مزيلاً لملكه عنه، فإن كانت

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

آثاراً كالأصباغ ولم تكن أعياناً، لم يجبر الغاصب على إزالتها لأنها آثار زائدة، كغسل الثوب، وكان العفو عنها إبراء منها. وإن كانت أعياناً كالجص والرخام، ففيه وجهان:

أحدهما: أنها تترك كالآثار، ولا يجبر الغاصب على قلعها لأنها زيادة.

والوجه الثاني: أنه يؤخذ الغاصب بقلعها، لأن الأعيان لا يجبر الإنسان على تملكها.

وأصل هذين الوجهين من الزوج إذا أصدق زوجته ثمرة وجعلها في صفر له، ثم تركه لزوجته، هل تجبر الزوجة على قبوله أم لا؟ على وجهين. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ لَوْ نَقَلَ عَنْهَا تُرَاباً كَانَ لَهُ أَنْ يَرُدَّ مَا نَقَلَ عَنْهَا حَتَّى يُوَفِّيهُ إِيَّاهَا بِالْحَالِ الَّتِي أَخَذَهَا. إلى آخر كلام المزني)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل غصب من رجل أرضاً، فنقل منها تراباً، فلا يخلو حال التراب من أن يكون باقياً، أو مستهلكاً.

فإن كان قد استهلك، فعليه رد مثله إن كان للتراب مثلاً. فإن لم يقدر على مثله لأنه من تراب ليس في الناحية مثلها، ضمن القيمة، وفيها وجهان:

أحدهما: وقد نقله المزني عن الشافعي رضي الله عنه في جامعه الكبير: أن تقوَّم الأرض وعليها التراب الذي أخذ منها، ثم يقوم بعد أخذه منها، ويضمن الغاصب ما بين القيمتين.

والوجه الثاني: أنه يضمن أكثر الأمرين من هذا ومن قيمة التراب بعد نقله عن الأرض.

وإن كان التراب باقياً، فللغاصب ورب الأرض أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على رده إلى الأرض، فيبرأ الغاصب منه، ويلزمه بعد رده غرم نقص إن كان في الأرض، وأجرة مثلها في أكثر الحالين، أجرة من كونها ذات تراب، أو غير ذات تراب، إلى أن يأخذ في رد التراب.

(١) مختصر المزني: ص ١١٨. وتتمة المسألة: «(قال المزني): غير هذا أشبه بقوله، لأنه يقول: لو غصب غزلاً فنسجه ثوباً، أو نقرة فطبعها دنانير، أو طيناً فضربه لبناً، فهذا أثر لا عين ومنفعة للمغصوب، ولا حق في ذلك للغاصب فكذلك نقل التراب عن الأرض والبئر إذا لم تبن بطوب أثر لا عين، ومنفعة للمغصوب، ولا حق في ذلك للغاصب، مع أن هذا فساد لنفقته وإتعاب بدنه وأعوانه بما فيه مضرةٌ على أخيه، ولا منفعة له فيه».

فأما أجرتها في زمان رد التراب إليها، فإن كان رده بعد تسليم المالك لها وتصرفه فيها فلا أجرة عليه، وإن كان قبل تسليم المالك لها فعليه الأجرة.

والحال الثانية: أن يتفقا على ترك التراب خارجاً عنها، وأن لا يرده إليها، فذلك لهما ما لم يطرح التراب في أرض مغصوبة. ثم ينظر: فإن كان ذلك بعد أن وهب له التراب، فليس له أبداً في استرجاعه ورده حق، وإن كان لم يهبه له، فمتى طالبه بعد ذلك برده كان له، وأخذ الغاصب برده.

فإن طالبه بنقص الأرض، نظر: فإن كان رد التراب إليها يمنع من النقص، فليس له مطالبته بالنقص. وإن كان رد التراب إليها لا يمنع من النقص، فله مطالبته بالنقص الحاصل فيها بعد رد التراب إليها.

والحال الثالثة: أن يدعو رب الأرض إلى رد التراب إليها، ويمتنع الغاصب، فيؤخذ الغاصب جبراً برد التراب إليها. فإن عظمت مؤنة رده وتضاعفت الكلفة في نقله لأنه الجاني على نفسه بعدوانه وغصبه سواء كان للمالك في رد التراب نفع أم لا، بخلاف ما ذكرنا من قبل في قلع الشجر والتزويق في أحد الوجهين، لأن التراب عين يملكها فكان أحق الناس بها. وإن لم ينفعه، كمن غصب عبداً زمناً لا ينفع سيده وهو كلّ عليه يلتزم نفقته ولا يرجو نفعه، فإن الغاصب مأخوذ برده على مالكه، وإن ثقلت عليه مؤنة رده.

والحال الرابعة: أن يدعو الغاصب إلى رده ويمتنع منه المالك، فلا يخلو حال المالك في منعه من أحد أمرين: إما أن يبرئه من ضمان التراب، أو لا يبرئه.

فإن منعه من رده ولم يبرئه من ضمانه، فللغاصب رد التراب وحده ليسقط عنه ضمانه بالرد، ولا اعتبار بمنعه. وإن منعه من رده بعد إبرائه منه، فلا يخلو حال الغاصب من أحد أمرين: إما أن يكون في رده غرض صحيح، أو لا غرض له في رده صحيح وذلك وجوه:

منها: أن يكون قد نقله إلى أرض أخرى مغصوبة، فيرده ليبرأ من غصبها.

ومنها. أن يكون قد نقله إلى طريق سابلة تضيق عنه، أو لا يأمن أن يتلف به ما يضمنه.

ومنها: أن يكون قد نقله إلى مسجد لله تعالى، فلا يقر على تركه فيه.

ومنها: أن تكون الأرض التي نقل التراب عنها قد صارت حفراً لا يأمن ضمان ما

يسقط فيها، فهذه كلها أغراض صحيحة، وللغاصب أن يرد التراب لأجلها إلى المكان الذي نقله عنه، وليس للمالك أن يمنعه منه.

وإن لم يكن للغاصب في رده غرض صحيح لحصول التراب في أرض أخرى لمالك التراب، أو في موات لا يمنع من تركه فيه منع الغاصب من رده لما فيه من إتعاب بدنه وأعوانه بغير نفع يرجع إليه، وربما كان فيه إضرار لغيره، وهذا سفه.

فصل: فأما المزني فإنه يمنع الغاصب من البئر ورد التراب إذا منعه المالك من السد والرد، استشهاداً بما ذكره من نسج الغزل ثوباً، وضرب الطين لبناً، وطبع النقرة دنانير، فنبدأ بشرح المذهب فيما ذكره ثم بالكلام معه.

والمذهب في الغزل إذا نسجه الغاصب ثوباً، والطين إذا ضربه لبناً، والنقرة إذا طبعها دنانير: أنه متى رضي المالك بأخذ الغزل ثوباً منسوجاً، والطين لبناً مضروباً، والنقرة دنانير مطبوعة، فله ذلك وليس للغاصب نقض الغزل وتكسير اللبن وسبك الدنانير، وليس له أيضاً أجرة العمل.

أما النقض والتكسير والسبك، لما فيه من إتعاب بدنه وأعوانه من غير اجتلاب تقع ولا دفع لضرر. وأما الأجرة فلأمرين:

أحدهما: أنه قد عمل عملاً وتعدى به المتعدي، فلا يستحق عليه أجراً.

والثاني: أنه عمله لنفسه، ومن عمل لنفسه فلا يستحق على غيره أجراً.

فلو أن الغاصب قبل تسليم ذلك إلى مالكه نقض الثوب فجعله غزلاً، وكسر اللبن طيناً، وسبك الدنانير نقرة، حتى صار على حاله الأولى قبل الغصب، ضمن ما بين قيمة الثوب منسوجاً وغزلاً، وما بين قيمة اللبن مضروباً وطيناً، وما بين قيمة الدنانير مطبوعة ونقرة، لأنه قد كان يلزمه تسليمها حين زادت بعمله، ويمنع من إعادتها إلى ما كانت عليه من قبل، فلزمه ضمان النقص.

فأما رب الغزل والطين والنقرة إذا طالب الغاصب بنقض الثوب غزلاً، وتكسير اللبن طيناً، وسبك الدنانير نقرة، فإن كان له في ذلك غرض صحيح أخذ الغاصب به ليعود ذلك كما غصبه، وإن لم يكن له غرض صحيح فعلى ما مضى من الوجهين.

فصل: وأما الكلام مع المزني فيقال له: إن كنت تمنع الغاصب من سد البئر ور

التراب مع ارتفاع الأغراض الصحيحة وزوال المقاصد الواضحة، فنحن نوافقك عليه، وليس بينك وبين الشافعي خلاف فيه، ولا يشتبه عليك الخلاف بقوله في سد البئر نفعه أو لم ينفعه، لأن معناه: أو لم ينفعه في الحال، إذا كان فيه نفع في ثاني حال.

وإن كنت أردت مع الغاصب من سد البئر ورد التراب مع وجود المقاصد الصحيحة، فنحن نخالفك فيها ونمنع ما ذكرته أن يكون دليلاً عليها لارتفاع الأغراض في نقص الغزل وتكسير اللبن وطهوره في سدّ البئر وردّ التراب، وليس لك أدخال الضرر على الغاصب مع زواله عن المغصوب.

فصل: فأما إذا غصب رجل أرضاً وقلع منها شجراً، فلا يخلو أن يكون الشجر باقياً أو مستهلكاً، فإن كان باقياً ففي كيفية ضمانه لأصحابنا ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه يضمن ما بين قيمة الشجر قائماً ومقلوعاً، لأنه متعد على الشجر.

والوجه الثاني: أنه يضمن ما بين قيمة الأرض ذات شجر قائم، وما بين قيمتها والشجر مقلوع منها، لأن تعديه قد سرى إلى الأرض.

والوجه الثالث: أنه يضمن أغلظ الأمرين، لاجتماع العلتين في تغليظ الغصب.

فلو كان الشجر قد نجره أبواباً، أو عمله سفناً، فزاد في قيمته بعمله بقدر ما ضمنه من نقصه، لم يسقط عنه ضمان النقص بما تطوع به من زيادة العمل، ولزمه الغرم مع رده زائداً. فإن خلع الأبواب، وهدم السفن حتى ذهبت زيادة عمله، ضمن أيضاً نقصها بعد ذهاب العمل، لما عللنا به من لزوم ردها معمولة.

وإن كان الشجر قد استهلك حين قلعه، فضمانه يكون على الأوجه الثلاثة.

فعلى الوجه الأول: يضمن قيمة الشجر قائماً.

وعلى الوجه الثاني: يضمن ما نقص من قيمة الأرض بقلع الشجر.

وعلى الوجه الثالث: يضمن أغلظ الأمرين.

فصل: وإذا غصب أرضاً فطرح فيها تراباً، لم يخل حال التراب من أحد أمرين:

إما أن يمكن أخذه منها، أو لا. فإن أمكن أخذه منها، أخذه الغاصب إن تميز وضمن ما نقصت الأرض بأخذه إن نقصت. وإن لم يمكن أخذه منها لبسط ذلك فيها، من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون على قيمتها الأولى لم تزد ولم تنقص، فلا شيء على الغاصب، ولا له، لأن ترابه صار مستهلكاً.

والقسم الثاني: أن تكون قيمتها قد نقصت عن حالها قبل بسط التراب فيها، فيضمن قدر نقصها، ويصير ترابه مستهلكاً.

والقسم الثالث: أن تكون قيمتها قد زادت عن حالها قبل بسط التراب فيها، فلا يخلو حال التراب من أحد أمرين: .

إما أن يكون طاهراً أو نجساً. فإن كان نجساً كالأرواث والكسايح النجسة، فلا شيء للغاصب فيها لفوات الرجوع بها، وتحريم المعاوضة عليها. وإن كان طاهراً ففيه وجهان:

أحدهما: أنه مستهلك لا شيء له فيه لاستهلاكه إياه بنفسه فيما لا يتميز عنه.

والوجه الثاني: أنه يكون شريكاً في ثمن الأرض بقدر ثمن التراب، ولا يكون ذلك استهلاكاً لترابه، كما لا يكون صبغ الثوب بما لا يمكن استخراجه منه استهلاكاً للصبغ.

فعلى هذا، ينظر قيمة الأرض قبل بسط التراب فيها، فإذا قيل: ألف، نظر قيمة التراب قبل بسطه. فإذا قيل: مائة، نظر قيمة الأرض بعد بسط التراب فيها. فإن كانت ألف ومائة وليس في القيمتين بعد الاجتماع زيادة ولا نقص على ما قبل الاجتماع، فيصير الغاصب شريكاً له في الأرض بمائة هي قيمة ترابه. وإن كانت قيمة الأرض ألفاً وخمسين، فقد نقصت عن القيمتين بعد الاجتماع خمسون، فيكون الغاصب شريكاً في الأرض بالخمسين الزائدة على الألف، ويكون النقص داخلاً عليه وحده لضمانه نقص الأرض بالتعدي. وإن كانت قيمة الأرض ألفاً ومائتين، فقد زادت على القيمتين بعد الاجتماع مائة، فتكون المائة الزائدة بينهما على قدر المالين في أحد عشر سهماً لحدوثها عن المالين معاً. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ غَصَبَ جَارِيَةً فَهَلَكَتْ، فَقَالَ: ثَمَنُهَا عَشَرَةٌ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا بأن المغصوب مضمون بأكثر قيمته في السوق والبدن من وقت الغصب إلى وقت التلف.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

وقال أبو حنيفة: وهو مضمون بقيمته وقت الغصب، اعتباراً بحال التعدي، وهذا خطأ من وجهين:

أحدهما: أن استدامة الفعل كابتدائه شرعاً ولساناً.

أما الشرع فقوله تعالى: ﴿يَاأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا﴾[1] أي: استديموا الإيمان. وقال تعالى: ﴿اهْدِنَا الصِّرَاطَ الْمُسْتَقِيمَ﴾[2] أي: ثبتنا على الهداية إليه، فاستوى حكم الابتداء والاستدامة في الأمر والطلب.

وأما اللسان فهو أن مستديم الغصب يسمى في كل حال غاصباً، ويقال: قد غصب، وإن كان قد تقدم منه الغصب.

والثاني: أن الغصب عدوان يوجب الضمان كالجناية، فلما كانت سراية الجراح في الجناية إلى تلف النفس توجب ضمان ما حدث بعد الجراح، وجب أن يكون الحادث بعد الغصب في حكم الموجود في حال الغصب. ثم هو في الغصب أولى منه في الجناية، لبقاء يده في الغصب وارتفاعها في الجناية، وفي ما ذكرنا من المعاني الماضية معه في زيادة البدن دليل كاف.

فصل: فإذا ثبت ما وصفنا، واختلفا في المغصوب، فهو على ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يختلفا في قيمته.

والثاني: أن يختلفا في تلفه.

والثالث: أن يختلفا في مثله.

فأما الضرب الأول: وهو اختلافهما في قيمته، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون اختلافهما في القيمة مع اتفاقهما في الصفة، فيقول المغصوب منه: قيمته عندي ألف، ويقول الغاصب: قيمته عندي مائة، فالقول قول الغاصب مع يمينه في قدر قيمته لأمرين:

أحدهما: إنكاره الزيادة، والقول في الشرع قول المنكر دون المدعي.

والثاني: أنه غارم، والقول في الأصول قول الغارم. فإن قيل: فكلا المعنيين يفسد

---

(١) سورة النساء، الآية: ١٣٦.

(٢) سورة الفاتحة، الآية: ٦.

بالشفيع إذا اختلف مع المشتري في قدر الثمن، فالقول قول المشتري في قدره دون الشفيع، والشفيع منكر وغارم؛ فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن المشتري مالك، فلم يكن للشفيع انتزاع ملكه إلا بقوله، كما أن الغارم مالك ولا يغرم إلا بقوله.

والثاني: أن المشتري فاعل الشراء، فكان القول فيه قوله. كما أن الغاصب فاعل الغصب، فكان القول فيه قوله، فحل المشتري بهذين محل الغارم، وسلم المعنيان.

فصل: فإن كان للمغصوب منه بينة على ما ادعاه من القيمة، سمعت. وهي: شاهدان، أو شاهد وامرأتان، أو شاهد ويمين.

فإن شهدت بينة بأن قيمة العبد المغصوب ألفٌ وقت الغصب، أو وقت التلف، أو فيما بين الغصب والتلف، حكم بها لأن الغاصب ضامن لقيمته في هذه الأحوال كلها. وإن شهدت بينة بأن قيمته كانت ألفاً قبل الغصب، لم يحكم بها، لأن ما قبل الغصب غير مضمون على الغاصب. لكن كان بعض أصحابنا يقول: إنه يصير لأجل هذه البينة القول قول المغصوب منه مع يمينه، لأن الأصل بقاء هذه القيمة ما لم يعلم نقصها.

وهذا غير صحيح، لأن ما قبل الغصب غير معتبر، والبينة فيه غير مسموعة، ولو جاز أن يصير القول بها قول المشهود له، لجاز الاقتصار عليها من غير يمين. فإن شهدت البينة بصفات العبد دون قيمته ليستدل بها على قدر القيمة، لم يجز أن يحكم بها لأمرين:

أحدهما: أن تقويم ما لا مثل له بالصفة باطل.

والثاني: أن اختلافهما في القيمة دون الصفة، فلم تسمع البينة في غير ما تداعياه واختلفا فيه.

فصل: والضرب الثاني: أن يكون اختلافهما في القيمة لاختلافهما في الصفة، فهو على ضربين:

أحدهما: أن تكون صفة زيادة.

والثاني: أن تكون صفة نقص.

فأما صفة الزيادة، فهي دعوى المغصوب منه، وصورتها، أن يقول المغصوب منه: قيمة عبدي ألف لأنه كاتب أو صانع. ويقول الغاصب: قيمته مائة، لأنه ليس بكاتب ولا

صانع. فالقول قول الغاصب مع يمينه، لا يختلف، لوجود المعنيين فيه وهما: الغرم، والإنكار.

وأما صفة النقص فهي دعوى الغاصب، وصورتها: أن يقول الغاصب: قيمة العبد الذي غصبته منك مائة لأنه سارق أو آبق، ويقول المغصوب منه: قيمته ألف لأنه ليس بسارق ولا آبق، ففيه وجهان لاختلاف المعنيين:

أحدهما: أن القول قول الغاصب مع يمينه، تعليلاً بعرفه.

والثاني: أن القول قول المغصوب منه مع يمينه، تعليلاً بإنكاره.

فصل: وأما الضرب الثاني: في الآجال. وهو اختلافهما في تلفه، فصورته، أن يقول المغصوب منه: عبد باق في يدك، ويقول الغاصب: قد تلف. فالقول قول الغاصب مع يمينه، ثم فيه وجهان:

أحدهما: أنه لا شيء عليه للمغصوب منه ما لم يصدقه على تلفه، لأنه لا يدعي القيمة، وقد حلف الغاصب على تلف العين.

والوجه الثاني: أن عليه القيمة للمغصوب منه، لأنه وإن كان منكراً للتلف، فيمين الغاصب مانعة من القدرة عليه، فصار كالآبق يلزم الغاصب قيمته مع بقاء عينه.

فصل: وأما الضرب الثالث: وهو اختلافهما في مثله، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يختلفا في صفات المثل، كقول المغصوب منه: غصبتني طعاماً حديثاً، فيقول الغاصب: بل غصبتك طعاماً عتيقاً، فالقول قول الغاصب مع يمينه تعليلاً بالمعنيين في الإنكار والغرم، ثم للمغصوب منه أن يتملك ذلك، لأنه أنقص من حقه الذي يدعيه.

والضرب الثاني: أن يختلفا في أصل المثل، كقول المغصوب منه: لما غصبتنيه مثل، وقول الغاصب: ليس له مثل. فلا اعتبار لاختلافهما، ويرجع فيه إلى اجتهاد الحكام، فإن حكموا له بمثلٍ طولب به، وإن حكموا فيه بالقيمة أخذت منه.

والضرب الثالث: أن يختلفا في وجود المثل، كقول المغصوب منه: المثل موجود، ويقول الغاصب: بل المثل معدوم. فيكشف الحاكم عن وجوده، ويقطع تنازعهما فيه. فإن وجده، لزم الغاصب دفع المثل رخيصاً كان أو غالياً. وإن عدمه، خير المغصوب منه بين أن يتعجل أخذ القيمة، وبين أن يصبر إلى وجود المثل، فإن تعجل أخذ القيمة ثم وجد المثل

بعد ذلك، فلا حق له فيه، وقد استقر ملكه على ما أخذ من قيمته، بخلاف الآبق إذا أخذت قيمته ثم وجد.

والفرق بينهما: أن قيمة الآبق أخذت عند الإياس منه، فلزم ردها بعد القدرة عليه. وقيمة ذي المثل أخذت مع العلم بالقدرة عليه من بعد، فلم يلزم ردها بعد القدرة عليه. وإن خير إلى وجود المثل، ثم رجع مطالباً بالقيمة قبل الوجود، فذلك له لتعجل حقه، بخلاف المسلم في الشيء إلى مدة ينقطع فيها فرضي المسلم بالصبر إلى وجوده، فلا يكون له الرجوع قبله.

والفرق بينهما: أن تعذر وجود السلم عيب، فإذا ارتضى به لزمه ذلك بالعقد، وصبر المغصوب منه إلى وجود المثل إنظار وتأجيل تطوع به، فلم يلزم.

فصل: وإذا كان على العبد المغصوب ثياب أو حلي بعد غصبه، فادعاها المغصوب منه لأنها في يد عبده، وقال الغاصب: بل هي لي، فالقول فيها قول الغاصب مع يمينه، لأن العبد وما عليه في يد الغاصب.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ لَهُ كَيْلٌ أَوْ وَزْنٌ، فَعَلَيْهِ مِثْلُ كَيْلِهِ وَوَزْنِهِ)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا أن ما له مثل فهو مضمون في الغصب بالمثل، وما لا مثل له فهو مضمون بالقيمة. فأما حد ما له مثل، فقد قال الشافعي رضي الله عنه: وما كان له كيل أو وزن فعليه مثل كيله أو وزنه، وليس ذلك منه حداً لما له مثل، لأن كل ذي مثل مكيل أو موزون له مثل.

وإنما ذكر الشافعي رضي الله عنه ذلك شرطاً في المماثلة عند الغرم، ولم يجعله حداً لما له مثل. وحد ما له مثل أن يجتمع فيه شرطان: تماثل الأجزاء، وأمن التفاضل. فكل ما تماثلت أجزاؤه وأمن تفاضله، فله مثل كالحبوب والأدهان. فإن كان مكيلاً كان الكيل شرطاً في مماثلته دون الوزن، وإن كان موزوناً كان الوزن شرطاً في مماثلته دون الكيل. فأما ما اختلفت أجزاؤه كالحيوان والثياب، أو خيف تفاضله كالثمار الرطبة، فلا مثل له وتجب قيمته.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

فصل: فإذا ثبت تحديد ذي المثل بما وصفنا، فعدم المثل ولمْ يوجد، وجب العدول إلى القيمة لأنها مثل في الشرع لما ليس له مثل. وكذا يكون مثلاً عند عدم المثل، ثم في القيمة قولان حكاهما أبو حفص بن الوكيل:

أحدهما: يرجع إلى قيمة الأصل المغصوب في أكثر ما كان قيمة من وقت الغصب إلى وقت التلف.

والقول الثاني: يرجع إلى قيمة المثل، لأن المثل هو المستحق بالغصب. ثم قيمة المثل تختلف باختلاف الأمكنة، واختلاف الأزمنة، فإن للمثمن في كل بلد ثمناً، وفي كل زمان ثمناً.

فأما المكان الذي يستحق اعتبار القيمة فيه، فهو الموضع الذي كان الغصب فيه، لأن المثل لو كان موجوداً لاستحق تسليمه في مكان الغصب، وكذا قيمته. وإن كان المثمن مغصوباً بالبصرة، اعتبرت قيمته بالبصرة، وإن كان ببغداد اعتبرت قيمته ببغداد، وعندي: من وقت التلف إلى وقت العدم.

وأما زمان القيمة، ففيه وجهان:

أحدهما: ذكره أبو علي الطبري في إفصاحه: أنه تعتبر قيمته أكثر ما كانت قيمته من وقت الغصب إلى وقت العدم، كما تعتبر قيمته بدلاً مثل له أكثر ما كان قيمته من وقت الغصب إلى وقت التلف.

والوجه الثاني: وهو الأصح عندي: أنه تعتبر قيمته وقت العدم لا غير، ولا اعتبار بما كان زائداً قبلها، لأن نقص ثمنه مع وجود المثل لا يوجب غرم النقص مع دفع المثل؛ فعلم أن ما تقدم من زيادة الثمن ونقصه غير معتبرة، وقد اعتبرت قيمته في آخر وقت إمكانه.

فصل: وإذا غصب رجل من رجل حنطة بالبصرة، ثم اجتمع ببغداد فطالبه بحنطته، فلو كانت باقية لم يلزمه نقلها إليه، وكان عليه أن يردها إليه بالبصرة حيث غصبه إياها، وليس له أن يطالبه بمثلها لبقاء عينها.

فإن كانت مستهلكة، فإن كانت قيمة الحنطة ببغداد مثل قيمتها بالبصرة أو أقل، لزمه أن يعطيه مثل حنطته ببغداد. وإن كانت قيمة الحنطة ببغداد أكثر من قيمتها بالبصرة، كان المغصوب منه بالخيار بين أن يصبر عليه حتى يعطيه مثل طعامه بالبصرة في الموضع الذي

غصبه، وبين أن يأخذ منه ببغداد قيمة مثل طعامه بالبصرة. ولكن لو أن الغاصب بذل ذلك للمغصوب منه بعد إذ لم يلزمه قبوله، سواء بذل له قيمة أو مثل الاستحقاق للقبض في مكان الغصب.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ ثَوْباً فَصَبَغَهُ فَزَادَ فِي قِيمَتِهِ، قِيلَ لِلْغَاصِبِ: إِنْ شِئْتَ فَاسْتَخْرِجِ الصَّبْغَ عَلَى أَنَّكَ ضَامِنٌ لِمَا نَقَصَ، وَإِنْ شِئْتَ فَأَنْتَ شَرِيكٌ بِمَا زَادَ الصَّبْغُ. فَإِنْ مُحِقَ الصَّبْغُ فَلَمْ تَكُنْ لَهُ قِيمَةٌ قِيلَ: لَيْسَ لَكَ هَهُنَا مَالٌ يَزِيدُ، فَإِنْ شِئْتَ فَاسْتَخْرِجْهُ وَأَنْتَ ضَامِنٌ لِنُقْصَانِ الثَّوْبِ، وَإِنْ شِئْتَ فَدَعْهُ. وَإِنْ كَانَ يَنْقُصُ الثَّوْبَ ضَمِنَ النُّقْصَانَ، وَلَهُ أَنْ يُخْرِجَ الصَّبْغَ عَلَى أَنْ يَضْمَنَ مَا نَقَصَ الثَّوْبَ، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَ. قال المزني: هَذَا نَظِيرُ مَا مَضَى فِي نَقْلِ التُّرَابِ وَنَحْوِهِ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: في رجل غصب ثوباً فصبغه، فلا يخلو حال الصبغ من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون للغاصب.

والثاني: أن يكون لرب الثوب.

والثالث: أن يكون لأجنبي.

فإن كان الصبغ للغاصب، فهو على ثلاثة أقسام:

أحدها: يمكن استخراجه.

والثاني: لا يمكن استخراجه.

والثالث: يمكن استخراج بعضه، ولا يمكن استخراج بعضه. فإن لم يمكن استخراجه لم يخل ثمنه بعد الصبغ من ثلاثة أقسام:

إما أن يكون بقدر قيمته قبل الصبغ، أو يكون أقل، أو يكون أكثر. فإن كان بقدر ثمنه قبل الصبغ، مثل أن يكون قيمة الثوب عشرة دراهم وقيمة الصبغ عشرة دراهم، فيباع الثوب بعد صبغه بعشرة دراهم، فهي لرب الثوب لاستهلاك الصبغ، إما بذهاب قيمته؛ وإما لجره النقص للثوب.

وإن كان ثمنه بعد الصبغ أقل، مثل أن يساوي بعد الصبغ ثمانية دراهم فيأخذها رب

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

الثوب ويرجع على الغاصب بنقصه وهو درهمان ليستكمل بها جميع الثمن، ويصير صبغ الغاصب ونقص أجزاء الثوب مستهلكين.

وإن كان ثمنه بعد الصبغ أكثر، فلا يخلو حال الزيادة على ثمنه من ثلاثة أقسام:

إما أن يكون بقدر ثمن الصبغ، أو يكون أقل، أو يكون أكثر. فإن كانت بقدر ثمن الصبغ، مثل أن يكون ثمنه بعد الصبغ عشرين درهماً فتكون بينهما، فيأخذ رب الثوب منها عشرة التي هي ثمن ثوبه، ويأخذ الغاصب عشرة التي هي ثمن صبغه، ولم يحصل فيها نقص لا في الثوب ولا في الصبغ.

وإن كانت الزيادة أقل من ثمن الصبغ، مثل أن يكون ثمنه بعد الصبغ خمسة عشر درهماً، فيأخذ منها رب الثوب عشرة ثمن ثوبه كاملاً، ويأخذ الغاصب الخمسة الباقية، ويصير النقص مختصاً بصبغه لضمانه نقص الثوب.

وإن كانت الزيادة بينهما بقدر ماليهما، فيأخذ رب الثوب خمسة عشر درهماً، عشرة منها هي ثمن ثوبه، وخمسة هي قسط الصبغ من الزيادة.

وإذا كانت الزيادة بينهما على قدر المالين، ولم يختص الغاصب بها، وإن كانت حادثة بعمله، لأنه عمل في ماله ومال غيره، فلم يحصل له عوض عن عمله في مال غيره، وحصل له عوض في مال نفسه. فإن دعي أحدهما إلى بيعه وأبى الآخر، نظر في الداعي إلى البيع: فإن كان رب الثوب فله ذلك، وليس للغاصب لتعديه بالصبغ أن يمنعه من البيع فيستديم حكم الغصب.

وإن دعي الغاصب إلى بيعه ليتوصل إلى ثمن صبغه وأبى رب الثوب، فإن بذل له مع إبائه ثمن الصبغ الذي يستحق لو بيع الثوب، فله ذلك، ولا يجبر على البيع. وإن لم يبذل له ثمن الصبغ، ففيه وجهان ذكرهما أبو علي الطبري في «إفصاحه»:

أحدهما: أنه يجبر رب الثوب على بيعه ليتوصل الغاصب إلى ثمن صبغه، كما يجبر الغاصب عليه ليتوصل رب الثوب إلى ثمن ثوبه.

والوجه الثاني: أن لا يجبر رب الثوب على بيعه، لأن الغاصب متعد بصبغه، فلم يستحق بتعديه إزالة ملك رب الثوب عن ثوبه.

فهذا الكلام في الصبغ إذا لم يكن استخراجه، ولا فرق بين أن يكون سواداً وبين أن يكون غيره من الألوان.

وقال أبو حنيفة: إن كان الصبغ سواداً فلا شيء للغاصب فيه، وكان رب الثوب مخيراً بين: أن يأخذه ولا شيء عليه للصبغ، وبين أن يعطيه للغاصب ويأخذ منه قيمته. وإن كان الصبغ حمرة أو صفرة، فهو مخير بين: أن يأخذه وعليه قيمة الصبغ، وبين أن يعطيه للغاصب ويأخذ منه قيمة الثوب. فجعل له في الأصباغ كلها أن يأخذ من الغاصب قيمة ثوبه إن شاء، فله أن يأخذه مصبوغاً إن شاء. لكن إن كان الصبغ سواداً فلا قيمة عليه له، وإن كان لوناً غيره فعليه قيمته.

واختلف أصحابه لما خص السواد بإسقاط القيمة، فقال بعضهم: لما فيه من إتلاف أجزاء الثوب. وقال آخرون: بل قاله في آخر الدولة الأموية حين كان السواد نقصاً ولوناً مذموماً، فأما بعد أن صار شعار الدولة العباسية وزيادة في الثوب على غيره من الألوان فلا.

وهذا قول ضعيف وتعليل لا يختص بالسواد، لأن من الألوان ما قد يكون نقصاً تارة، وتارة أخرى زيادة. فاقتضى أن يكون التعليل عاماً في اعتبار النقص وزيادته، ولا يكون مختصاً بالسواد دون غيره. فأما تمليك الغاصب الثوب بأخذ القيمة منه فخطأ، لأن بقاء العين المغصوبة يمنع من أخذ قيمتها من الغاصب قياساً عليه، لو كان غير مصبوغ. ولأن من لم يجب عليه قيمة الثوب قبل صبغه، لم تجب عليه قيمته بعد صبغه كالآجر. ولأن الصبغ لا يخلو من أحد أمرين: إما أن يكون نقصاً، أو غير نقص. فإن كان نقصاً ضمنه لا غير كالمتميز، وإن لم يكن نقصاً فأولى أن لا يضمن، والله أعلم.

فصل: وأما القسم الثاني: وهو أن يكون الصِبغ مما يمكن استخراجه، فللغاصب ورب الثوب أربعة أحوال:

أحدها: أن يتفقا على تركه في الثوب وبيعه مصبوغاً، فيجوز، ويكون القول فيه بعد بيعه كالقول فيما لا يمكن استخراج صبغه.

والحال الثانية: أن يتفقا على استخراجه منه، فذلك جائز ليصل الغاصب إلى صبغه، ورب الثوب إلى ثوبه. فإن استخرجه وأثر في الثوب نقصاً، ضمنه به.

والحال الثالثة: أن يدعو الغاصب إلى استخراجه، ويدعو رب الثوب إلى تركه، فللغاصب أن يستخرجه سواء نفعه أو لم ينفعه، لأنها عين فملكها، والأعيان المملوكة لا يقهر ملاكها عليها لعدم المنفعة. فعلى هذا يكون ضامناً لنقص الثوب، ونقص الزيادة الحادثة فيه بدخول الصبغ، لأن رب الثوب قد ملكها ففوتها الغاصب عليه باستخراج

صبغه. مثاله: أن تكون قيمة الثوب عشرة، وقيمة الصبغ عشرة، فيساوي الثوب مصبوغاً ثلاثين، وبعد استخراج الصبغ منه خمسة، فيضمن الغاصب عشرة: خمسة منها هي نقص الثوب قبل صبغه، وخمسة أخرى هي نقص قسطه من الزيادة الحادثة بعد صبغه.

والحال الرابعة: أن يدعو رب الثوب إلى استخراجه، ويدعو الغاصب إلى تركه، فهذا على وجهين:

أحدهما: أن يتركه استبقاء لملك الصبغ فيه، فينظر: فإن لم يكن الصبغ قد أحدث زيادة تفوت باستخراج الصبغ منه، ففيه وجهان حكاهما ابن أبي هريرة:

أحدهما: وهو اختيار أبي حامد: أنه لا يجبر على استخراجه إذا امتنع لما فيه من استهلاك ماله مع قدرة رب الثوب على الوصول إلى استيفاء حقه بالبيع. قال: وهو ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه، لأنه مال قيل للغاصب: إن شئت فاستخرج الصبغ على أنك ضامن لما نقص، وإن شئت فأنت شريك بما زاد الصبغ، فحصل الخيار إليه، فدل ذلك من قوله على أنه لا يجبر عليه. فعلى هذا: يكون في حكم ما لا يمكن استخراجه إذا بيع.

والوجه الثاني: وهو أصح: أنه يجبر على أخذه لأنه عرق ظالم لا حرمة له في الاستبقاء، فصار كالغرس والبناء، ويكون تخير الشافعي رضي الله عنه له في الترك والاستخراج عند رضا رب الثوب بالترك. فعلى هذا، إن استخرجه ضمن نقص الثوب قبل الصبغ، ولم يضمن نقصه بالزيادة في حال الصبغ، لأن رب الثوب هو الذي أتلفها على نفسه بإجبار الغاصب على استخراجه.

والضرب الثاني: أن يتركه الغاصب عفواً عنه وإبراء منه، فينظر فيه: فإن كان قد أحدث نقصاً في الثوب، أو كان له مؤنة في الاستخراج، أو كان قد جبر نقصاً دخل على الثوب، أجبر الغاصب على استخراجه، وإن كان زيادة محضة ففيه وجهان:

أحدهما: أنها هبة عين، لا يلزم رب الثوب قبولها، ويجبر الغاصب على استخراجه.

والوجه الثاني: أنها زيادة متصلة تجري مجرى غير المتميزة، كالطول والسمن في خروجها عن الهبة إلى المسامحة، ولا يجبر الغاصب على الاستخراج. فهذا حكم الصبغ إذا أمكن استخراجه.

فصل: وأما القسم الثالث: وهو أن يكون الصبغ مما يمكن استخراج بعضه، ولا يمكن

استخراج بعضه، فالقول فيما لا يمكن استخراجه كالقول في القسم الأول، والقول فيما يمكن استخراجه كالقول في القسم الثاني، فيجمع في هذا القسم حكم القسمين الماضيين على ما بيناه تقسيماً وشرحاً، فهذا حكم الصبغ إذا كان للغاصب.

فصل: وأما إذا كان الصبغ لرب الثوب، فكرجل غصب ثوباً يساوي عشرة، وصبغاً يساوي عشرة، وصبغ به الثوب، فإن لم يمكن استخراج الصبغ، نظر قيمة الثوب مصبوغاً: فإن كان يساوي عشرين درهماً أخذه المالك ولا شيء له على الغاصب، وإن نقص مصبوغاً عن العشرين أخذه مالكه ورجع بما بقي بعد قيمته من العشرين ليستكمل قيمة الثوب والصبغ. فإن كان استخراج الصبغ ممكناً، فلا حق للغاصب في استخراجه، لأنه لا يملك عيناً فيه، وللمالك حالتان:

إحداهما: أن يرضى بترك الصبغ في الثوب فله ذلك، ويأخذ معه ما نقص من القيمتين إن حدث فيها نقص، والله أعلم.

والحال الثانية: أن يدعو إلى استخراج الصبغ، فينظر: فإن كان له في استخراجه غرض صحيح وذلك من وجوه:

منها: أن يحتاج إلى الثوب أبيض.

ومنها: أن يحتاج إلى الصبغ في غيره.

ومنها: أن يكون استخراجه أكثر من قيمته.

ومنها: أن يكون لاستخراجه مؤنة يذهب بها شطر قيمته. فإن الغاصب مأخوذ باستخراجه وضمان نقص إن حدث فيه. وإن لم يكن له في استخراجه غرض، نظر: فإن لم يستضر الغاصب بنقص يضمنه في الثوب أخذ باستخراجه، وإن كان يستضر بنقص يحدث فيه، فهل يؤخذ جبراً باستخراجه أم لا؟ على وجهين، كالشجرة في الأرض:

أحدهما: يؤخذ باستخراجه لاستحقاق المالك باسترجاع ملكه على ما كان عليه قبل غصبه. فعلى هذا، يضمن ما نقص من القيمتين، ولا يضمن زيادة إن كانت قد حدثت بالصبغ. ولو طالب بغرم النقص من غير استخراج، إجيب إليه.

والوجه الثاني: أنه يقر على حالته، ولا يجبر الغاصب على استخراجه لما فيه من العبث والإضرار. ولو سأل غرم نقصٍ لو كان يحدث بالاستخراج لم يجب إليه، إلا أن يكون في اجتماعهما نقص من القيمتين، فيضمن ذلك النقص.

فصل: وأما إذا كان الصبغ لأجنبي، فلا يخلو: من أن يمكن استخراجه، أو لا يمكن.

فإن لم يمكن استخراجه، كان رب الثوب ورب الصبغ شريكين في الثوب مصبوغاً بقيمة الثوب وقيمة الصبغ، لاجتماع ماليهما فيه. ثم لا تخلو قيمة الثوب مصبوغاً من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون بقدر القيمتين.

والثاني: أن يكون أقل.

والثالث: أن يكون أكثر.

فإن كان بقدر القيمتين، مثل أن تكون قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة، فيساوي الثوب مصبوغاً عشرين، فإذا تسلماه مصبوغاً برىء الغاصب من حقهما، وكانا فيه على الشركة بالقيمتين. فإن بذل الثوب لرب الصبغ قيمة صبغه، أجبر على أخذها، لأنه لا يقدر على عين ماله لكونه مستهلكاً في الثوب. فلو بذل رب الصبغ لرب الثوب قيمة ثوبه، لم يجبر على قبولها وقيل: إنه مخير بين أخذها، وبذل قيمة الصبغ، لأن الثوب أصل عينه قائمة، والصبغ تبع قد استهلك في الثوب.

وإن كان قيمة الثوب مصبوغاً أقل من القيمتين، مثل أن تكون خمسة عشر درهما فتنقسم بينهما نصفين بالقسط على القيمتين، ويرجع كل واحد منهما على الغاصب بدرهمين ونصف هي نقص ما غصب منه، فيصيران راجعين عليه بخمسة دراهم تكملة العشرين.

وإن كان قيمة الثوب مصبوغاً أكثر، مثل أن تكون قيمته ثلاثين درهماً، فتكون بينهما نصفين بقدر القيمتين، لحدوث العشرة الزائدة في ماليهما. وإن كان استخراجه ممكناً، فلرب الثوب ورب الصبغ الأحوال الأربعة:

أحدها: أن يتفقا على ترك الصبغ في الثوب، فذلك لهما. ثم إن كان فيه نقص، رجعا به على الغاصب ليستكملا القيمتين.

والحال الثاني: أن يتفقا على استخراجه، فذلك لهما سواء أضر استخراجه بالغاصب في حدوث نقص يلزمه غرمه، أم لا؛ لأن المالكين قد اتفقا على تمييز المالين، ثم يرجع كل واحد منهما على الغاصب بما حدث من النقص في ماله بالاستخراج، لتعديه المتقدم بالصبغ.

والحال الثالث: أن يدعو رب الصبغ وحده إلى استخراجه، فله ذلك، ويرجع رب الثوب على الغاصب بنقص ثوبه، ورب الصبغ بنقص صبغه. فإن كان استخراجه يحدث في الثوب نقصاً وليس الغاصب حاضراً، فيرجع به عليه، وقيل لرب الصبغ: ليس لك استخراج صبغك إلا أن تغرم لرب الثوب نقص ثوبه، ويكون ذلك ديناً لك على الغاصب ويرجع به عليه بعد القدرة.

والحال الرابع: أن يدعو رب الثوب وحده إلى استخراجه، فإن لم يدخل بذلك نقص في الصبغ أخذ الغاصب بالتزام مؤنة الاستخراج، وغرم النقص. وإن كان يدخل على الصبغ بعد أن استخرج، فهل يؤخذ رب الصبغ باستخراج الصبغ، إلا أن يبذل له رب الثوب نقص الصبغ على الغاصب أم لا؟ على وجهين من اختلاف الوجهين الماضيين في إجبار الغاصب على استخراجه لو كان الصبغ له.

فصل: قال المزني رضي الله عنه: هذا نظير ما مضى في نقل التراب ونحوه. يعني: أن الغاصب ممنوع من استخراج صبغه، كما هو ممنوع عنده من رد التراب. فأما التراب فقد مضى الكلام فيه. وأما الصبغ فهو عين مالٍ لا يمنع من استرجاعه، وإن كان غاصباً لغيره.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ زَيتاً فَخَلَطَهُ بِمِثْلِهِ، أَوْ خَيرٍ مِنْهُ، فَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهُ مِنْ هَذَا مكِيلَتَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَعْطَاهُ مِثْلَ زَيْتِهِ. وَإِنْ خَلَطَهُ بِشرٍّ مِنْهُ أَوْ صَبَّهُ فِي بَانٍ، فَعَلَيهِ مِثْلُ زيتِهِ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. لأن للزيت مثلاً، فإذا غصب زيتاً وخلطه بغيره فعلى ضربين.

أحدهما: أن يخلطه بزيت.

والثاني: بغير زيت.

فإن خلطه بزيت، فعلى ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يخلطه بمثله.

والثاني: أن يخلطه بأجود منه.

والثالث: أن يخلطه بأردأ منه.

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

فإن خلطه بمثله، كان للغاصب أن يعطيه مكيلة زيته منه، وليس للمغصوب منه أن يطالبه بمكيلة من غيره. وإن أراد الغاصب أن يعدل به إلى مثل مكيلة زيته من غيره، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو ظاهر كلام الشافعي رضي الله عنه ها هنا: أن له ذاك، لأنه قال: «فخلطه بمثله أو خيراً منه، فإن شاء أعطاه من هذا مكيلة، وإن شاء أعطاه مثل زيته». ووجه ذلك: أنه إذا لم يقدر على غير زيته، تساوت الأعيان المماثلة له، فلم يكن للمغصوب منه أن يتحجر عليه في عين دون عين.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق المروزي، وأبي علي بن أبي هريرة: أن عليه أن يعطيه مكيلة زيته من ذلك الزيت المختلط، وليس للغاصب أن يعدل به إلى غيره، إلا عن رضى منه. ووجه ذلك: أن العين المغصوبة موجودة فيه، وليس يدخل على الغاصب ضرر به، فكأن المغصوب أحق بما ليس له عين مال فيه، ويكون كلام الشافعي رضي الله عنه راجعاً إلى خلطه والأجود، دون المثل..

فصل: وإن خلطه بأجود منه، فإذا بذل له الغاصب مكيلة زيته منه، أجبر على أخذه، ولم يكن له العدول إلى غيره لوجود العين المغصوبة فيه مع الزيادة في الجودة. وإن عدل به الغاصب إلى مثل مكيلة زيته من غيره، فإن رضي بذلك المغصوب منه جاز، وإن لم يرض به وطالب بحقه من نفس ما اختلط به، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو قول جمهور أصحابنا ومنصوص الشافعي رضي الله عنه في الغصب: أن القول قول الغاصب في العدول إلى مثل مكيلة زيته من غيره، لأن فيه زيادة لا تتميز، فلم يلزم الغاصب بذلها، وكان المثل أحق ليزول به الضرر عن الفريقين.

والوجه الثاني: وهو قول بعض المتقدمين من أصحابنا: أنه يضرب بثمن زيته في الزيت المختلط على ما نص عليه الشافعي رضي الله عنه في الفلس. مثاله: أن يكون قد غصبه صاعاً من زيت قيمته خمسة دراهم، فخلطه بصاع قيمته عشرة دراهم، فيباع الصاعان، فإن كان قيمتها خمسة عشر درهماً فليس فيه زيادة ولا نقص، فيأخذ المغصوب خمسة دراهم هي ثمن صاعه، ويأخذ الغاصب عشرة دراهم هي ثمن صاعه.

وإن كان الثمن عشرين درهماً قسّمت بينهم أثلاثاً بقدر ثمن الصاعين، لتكون الزيادة مقسطة بينهما، فيكون للمغصوب ثلث العشرين، وللغاصب الثلثان.

وإن كان الثمن أقل من خمسة عشر، استوفي المغصوب منه ثمن صاعه خمسة دراهم، ودخل النقص على الغاصب لضمانه بالتعدي، إلا أن يكون النقص لرخص السوق فلا يضمنه. فعلى هذا الوجه، لو قال المغصوب: أنا آخذ من هذا الزيت المختلط زيتاً بقيمة ما استحقه وهو ثلث الصاعين بخمسة من خمسة عشر، ففيه وجهان.

أحدهما: لا يجاب إلى هذا لما فيه من الربا، لأنه يصير آخذاً لثلثي صاع بدلاً من الصاع، وهذا قول أبي إسحاق المروزي.

والوجه الثاني: يجاب إلى هذا ويعطى من الصاعين ثلثي صاع، لأن المالك لا يجبر على بيع ملكه، ولا يكون هذا ربا، لأن الربا يجري في البياعاتِ ولم يجر بين الغاصب والمغصوب منه في هذا بيع، وإنما هو تارك بعض المكيلة فيكون مسامحاً.

فصل: وإذا خلطه بأردأ منه، مثل أن يغصب منه صاعاً يساوي عشرة دراهم، فيخلطه بصاع يساوي خمسة دراهم، فلا يخلو حال الغاصب والمغصوب من أربعة أحوال.

أحدها: أن يتفقا على مكيلة زيته من هذا المختلط، فيجوز، ويصير المغصوب منه مسامحاً بجودة زيته.

والحال الثانية: أن يتفقا على مثل مكيلة زيته من غيره، فيجوز وقد استوفى الحق من غير محاباة.

والحال الثالثة: أن يبذل له الغاصب مثل مكيلة زيته من غيره، ويدعو المغصوب منه إلى أخذه من المختلط بزيته، ففيه وجهان كما لو اختلط بمثل زيته:

أحدهما: أن القول قول الغاصب لاستهلاك زيته بالاختلاط، وله العدول به إلى المثل من غيره.

والوجه الثاني: أن القول قول المغصوب منه، لوجود عين ماله فيه. فعلى هذا، إن رضي أن يأخذ منه مثل مكيلته جاز، وكان سامحاً بالجودة. وإن طلب أن يكون شريكاً فيه بقيمة زيته، فعلى وجهين:

أحدهما: لا يجاب إلى ذلك، للقدرة على المثل.

والثاني: يجاب إليه ويكون شريكاً فيه بالثلثين، قسط عشرة من خمسة عشرة إن قاسم عليه، وأخذ ثلثي الصاعين وذلك صاع وثلثه على صفقته ها هنا، وإن اقتضاه التعليل جاز.

والحال الرابعة: أن يطلب المغصوب منه مثل مكيلة زيته من غيره، ويدعو الغاصب إلى أخذه من المختلط بزيته، ففيه وجهان:

أحدهما: أن القول قول المغصوب منه، ويجبر الغاصب على دفع مثل المكيلة من غيره.

والوجه الثاني: أنه يكون شريكاً في الزيت المختلط بقيمة زيته ولا يلزمه أن يأخذ منه قدر مكيلة لنقصه، ويكون له ثلثاً على ما مضى فإن طلب القسمة كان على الوجهين:

فصل: فأما الضرب الثاني: وهو أن يخلط الزيت بغير زيت، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مما يتميز عنه كالعسل، فيؤخذ الغاصب باستخراجه وأرش نقص من قيمته، ومثل ما نقص من مكيلته.

والضرب الثاني: أن يخلط بمالا يتميز كالشيرج والبان، ففيه وجهان:

أحدهما: وهو المنصوص ها هنا: أنه يصير مستهلكاً لعدم تميزه، ويغرم له مثل مكيلته.

والوجه الثاني: أن يكون شريكاً فيه بقيمة زيته. مثل أن يكون المغصوب صاعاً من زيت يساوي خمسة، مخلطة بصاع من بان يساوي عشرة، فيكون له ثلث ثمنها إن كان الثلث خمسة فصاعداً، وإن نقص بالاختلاط من الخمسة رجع بقدر النقص. فإن طلب القسمة ليأخذ ثلث الجملة، فهما جنسان، فيخرج في اقتسامهما به قولان مبنيان على اختلاف قوليه في القسمة: هل هي بيع أو تمييز نصيب؟ فإن قيل: إنها بيع لم يجز، لأن اختلاط الزيت بغيره يفضي إلى التفاضل. وإن قيل: إنها تمييز نصيب جاز. والله أعلم بالصواب.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ أَغْلاَهُ عَلَى النَّارِ أَخَذَهُ وَمَا نَقَصَتْ مِكْيَلَتُهُ أَوْ قِيمَتُهُ)[1].

قال الماوردي: وصورتها: فيمن غصب زيتاً فأغلاه بالنار، فلا يخلو حاله من أربعة أقسام.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

أحدها: أن يكون على حالته لم ينقص من مكيلته ولا من قيمته، فيرجع به المغصوب، ويبرأ منه الغاصب.

والقسم الثاني: أن ينقص من مكيلته دون قيمته، مثل أن يغصب منه عشرة آصع من زيت يساوي كل صاع خمسة دراهم، فيرجع إلى سبعة آصع يساوي كل صاع خمسة دراهم، فيرجع عليه بمكيلة ما نقص وذلك بثلاثة آصع. فلو كان قد زاد في قيمة المغلي الباقي بمثل قيمة ما نقص من الآصع الثلاثة، لم يسقط عن الغاصب غرم المكيلة الناقصة، لأن الزيادة لا يملكها الغاصب فيكون قصاصاً.

والقسم الثالث: أن ينقص من قيمته دون مكيلته، مثل: أن تكون الآصع العشرة على مكيلتها، لكن تعود قيمة كل صاع بعد غليه بالنار إلى أربعة دراهم، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون نقصانه منتهياً لا يحدث بعده نقص آخر غيره، فهذا يسترجع من الغاصب مغلي مع أرش النقص في كل صاع وهو درهم، فيرجع بعشرة دراهم.

والضرب الثاني: أن لا يكون النقص قد انتهى لحدوث نقص آخر بعد، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ما ينتهي إليه من النقص الثاني محدود، فليس له إبدال الزيت بغيره وينتظر حدوث نقصان فيرجع به. فإن تلف الزيت قبل انتهاء نقصانه، فهل يرجع بما كان ينتهي إليه من نقص أم لا؟ على وجهين مخرجين من اختلاف قوليه فيمن خلع سن صبي لم يثغر فانتظر به ما يكون من نباتها أو ذهابها، فمات قبل معرفتها، ففي استحقاق ديتها قولان يخرج منهما ها هنا وجهان:

أحدهما: لا أرش له لعدم حدوثه ولو كان باقياً فطالب بالأرش، مثل حدوث النقص لم يكن له.

والوجه الثاني: له الأرش للعلم به لو كان باقياً، فطالب به قبل حدوث النقص كان له. فلو لم يهلك الزيت، ولكن باعه قبل إنتهاء نقصانه، فإن أعلم به المشتري فلا رد له بحدوث نقصه لعلمه بعينه، وللمغصوب أن يرجع على الغاصب بنفصه لأنه عاوض عليه ناقصاً. وإن لم يعلم المشتري به، فله الرد بحدوث نقصه. فإن لم يرض به المشتري ورده، رجع المغصوب منه بأرشه على الغاصب، وإن رضي به لم يؤده كان في رجوعه على الغاصب بأرش نقصه وجهان:

أحدهما: لا يرجع به، لأنه بالمعاوضة عليه سليماً قد وصل إليه من جهة المُشتري، فصار بمثابة مالم يحدث به نقص.

والوجه الثاني: يرجع به على الغاصب لضمانه له بالغصب، ولا يكون حدوث رضى المشتري به براءة للغاصب منه.

والضرب الثاني: أن يكون ما ينتهي إليه من النقص الثاني غير محدود، ففيه وجهان:

أحدهما: أن للمغصوب إن شاء أن يرجع على الغاصب بمثله، لما في استيفائه إلى انتهاء النقص المجهول من شدة الإضرار، وفوات الانتفاع، وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة.

والوجه الثاني: أنه لابدل له، لأن دخول النقص المجهول على الأعيان يمنع من أن يكون كالاستهلاك في الغرم. ألا تراه لو جرح عبداً جهلنا ما ينتهي إليه حال جرحه، لم يجز أن يطالب الجارح بالقيمة في بدله؟

والقسم الرابع: أن يكون غليه بالنار قد نقص من مكيلته وقيمته. مثل: أن تعود الآصع العشرة إلى تسعة، ويرجع قيمة كل صاع من السبعة إلى أربعة، فيضمن النقصين: نقص المكيلة بالمثل، ونقص القيمة بالأرش على ما وصفناه.

فصل: وإذا غصب منه عصيراً فأغلاه بالنار، نقص قيمته إن نقصت، وهل يضمن نقص مكيلته أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: وهو قول ابن سريج: أنه لا يضمن نقص المكيلة، بخلاف الزيت. وفرق بينهما: بأن نقص مكيلة الزيت باستهلاك أجزائه، ونقص مكيلة العصر بذهاب مائيته.

والوجه الثاني: وهو اختيار أبي علي الطبري في «إفصاحه» أنه: يضمن نقص المكيلة، كما يضمن نقصها من الزيت، لأن ما نقصت النار من مائيته ويقوم في العصير بقيمته، فصار عصيراً ناقص المكيلة. وهكذا لو غصب منه لبناً فعمله جبناً، رجع به جبناً وبنقص إن كان في قيمته، وهل يرجع بنقص مكيلته؟ على الوجهين. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَكَذَلِكَ لَوْ خَلَطَ دَقِيقاً بِدَقِيقٍ فَكَالزَّيْتِ)[1].

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

قال الماوردي: اختلف أصحابنا فيمن غصب دقيقاً فخلطه بدقيق على وجهين:

أحدهما: وهو قول ابن سريج: إنه كالزيت في أن له مثلاً، تعلقاً من كلام الشافعي بظاهره، ومن الاحتجاج فيه بتماثل أجزائه. وإن تفاوت الطحن في النعومة والخشونة أقرب من تفاوت الحنطة في صغر الحب وكبره، فعلى هذا يعتبر حال ما خلط به من الدقيق في كونه مثلاً، أو أجود، أو أردأ، ويعطيه مثل مكيله بعينه على ما مضى من الزيت سواء.

والوجه الثاني: وهو قول أبي إسحاق وأبي علي بن أبي هريرة: إن الدقيق لا مثل له لاختلاف طحنه المفضي بالصنعة والعمل إلى عدم تماثله، وليس كالحنطة التي ليس للآدميين صنعة في كبر حجمها وصغره. وحملوا قول الشافعي رضي الله عنه فكالزيت في أنه يصير مستهلكاً، لا في أن له مثلاً. فعلى هذا، إذا خلط الدقيق بدقيق ففيه وجهان:

أحدهما: عليه قيمته.

والثاني: أن ربه يكون شريكاً في الدقيق المختلط بقيمة دقيقه، يباع فيقتسمان ثمنه، فإن لحقه نقص رجع به، وإن أراد الاقتسام به فعلى قولين من اختلاف قوليه في القسمة: هل هي بيع، أو تميز نصيب؟

فإن غصب دقيقاً فنخله واستهلك نخالته، ففيه وجهان.

أحدهما: يضمن قيمة النخالة.

والثاني: يضمن أغلظ الأمرين من قيمة النخالة، أو من نقص الدقيق بنخل النخالة. وقد مضى نظير هذين الوجهين في استهلاك التراب من الأرض.

فصل: وإذا غصب حنطة فخلطها بشعير، فللحنطة مثل كالزيت. فإن أمكن تميزها من الشعير المختلط بها، أخذ الغاصب بتميزها وإن ثقلت مؤنة التميز عليه. وإن لم يمكن تميزها، فعلى وجهين كالزيت إذا خلط ببان:

أحدهما: يرجع بمثل حنطته.

والثاني: أنه يكون شريكاً في المختلط بقيمة حنطته، فإن حدث بالاختلاط نقص رجع به.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَانَ قَمْحاً فَعَفِّنَ عِنْدَهُ، رَدَّهُ وَقِيمَةَ مَا نقَصَ)[1].

قال الماوردي: وهذا صحيح. إذا عفنت الحنطة في يد غاصبها، أو ساست بالسوس، أو دادت بالدود، فله استرجاعها وما نقص من قيمتها قبل النقص أو كثر.

وقال أبو حنيفة: هو بالخيار بين أن يأخذها ناقصة، أو يرجع بمثلها. وقد مضى في الكلام معه في مثل هذا ما يغني.

وإذا كان كذلك، لم يخل حال نقصها من أن يكون: متناهياً، أو غير متناه.

فإن كان متناهياً، رجع به رب الحنطة على الغاصب بعد استرجاع حنطته. فإن كان غير متناهٍ ولا محدود، فعلى ما ذكرنا من الوجهين في نقص الزيت المغلي:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة: إن رب الحنطة بالخيار بين أن يرجع بمثل حنطته على الغاصب، وبين أن يتمسك بها ويرجع بما ينتهي إليه من النقص.

والوجه الثاني: أنه لا بدل له لبقاء عين ماله، ويرجع بما انتهت إليه من نقص.

فصل: فإن غصب منه حنطة فطحنها، أو دقيقاً فخبزه، فللمغصوب منه أن يرجع به دقيقاً وخبزاً، وبنقص إن حدث فيه، وليس للغاصب أن يرجع بأجرة العمل ولا بزيادة إن حدثت.

وقال أبو حنيفة: الغاصب أملك بها إذا زادت وبغرم مثلها، لئلا يكون عمله مستهلكاً. وهذا خطأ لقوله ﷺ «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ».

فصل: ولو غصبه حنطة فزرعها. قال أبو حينفة يمكلها ويغرم مثلها وما حصل من نماء عند الحصاد كان له، ويأمره أن يتصدق به. وهكذا القول فيمن غصب غرساً فغرسه حتى صار شجراً ملكه وغرم قيمته حين ملكه وهذا خطأ يدفعه نص قوله ﷺ: «لَيْسَ لِعِرْقٍ ظَالِمٍ حَقٌّ».

وإذا كان كذلك، لم يخلُ مال الحنطة المزروعة عند مطالبة المالك لها من ثلاثة أقسام: .

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

أحدها: أن يكون بذراً

والثاني: أن يكون بقلاً.

والثالث: أن يكون سنبلاً.

فإن كانت بذراً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون جمعه ممكناً.

والثاني: أن يكون غير ممكن.

فإن كان جمعه ممكناً، فعلى ضربين:

أحدهما: أن تقل مؤنة جمعه، وللمغصوب منه أن يأخذ الغاصب بجمعه ورده.

والثاني: أن تكثر مؤنة جمعه، فعلى وجهين من اختلافهم فيمن غصب حنطة في بلد فنقلها إلى غيره: هل يكلف الغاصب نقلها ورد عينها، أو يجوز له رد مثلها؟ على وجهين:

أحدهما: يرد المنقولة بعينها إلى البلد، ويجمع المبذورة بعينها من الأرض.

والوجه الثاني: أنه لا يكلف نقل المنقولة، وله رد مثلها، ولا يكلف جمع المبذورة ويكون في حكم ما لا يمكن جمعه من البذر، وما لا يمكن جمعه من الحب وكان بذراً. فالمغصوب منه بالخيار بين: أن يطالب الغاصب بمثله، وبين أن يصير عليه إلى نباته وإمكان أخذه. فإن رضي بالمثل ملك المثل وزال ملكه عن البذور، فإذا نبت فلا حق له فيه لزوال ملكه عنه بالمثل. وإن صبر عليه إلى نباته وإمكان أخذه، فذلك له لبقائه على ملكه. وسواء كان مبذوراً في أرض المغصوب منه، أو في أرض الغاصب، أو في أرض أجنبي. فإذا صار بقلاً يمكن جزُّه، كان في حكم ما سنذكره.

فلو تلف الزرع في الأرض قبل أخذه، نظر: فإن كان تلفه قبل إمكان أخذه في حال كونه حباً فنقله النمل، أو بعد أن نبت على حد لا يمكن أخذه فأكله الدود، فعلى الغاصب ضمانه بالقيمة دون المثل في أكثر أحوالها، لأن أعواز أخذه قبل التلف بتعديه. وإن كان تلفه بعد إمكان أخذه بقلاً ذا قيمة، فالغاصب بريء من ضمانه، لأنه بالترك بعد الامكان من الأخذ قاطع لتعدي الغاصب.

وأما القسم الثاني: وهو أن يكون البذر قد صار بقلاً ذا قيمة يمكن أخذه، فللمغصوب منه حالتان:

حالة: يرضى بأخذه بقلاً.

وحالة: يطالب بمثله حباً. فإن رضي به المغصوب منه بقلاً، فهو أحق به. وإن كانت قيمته بقلاً أقل من قيمته حباً، رد على الغاصب بقدر الناقص من القيمة. وإن كانت قيمته بقلاً مثل قيمته حباً أو أزيد من قيمة الحب، فلا شيء على الغاصب. فلو كانت قد نقصت من قيمة الحب في أول نباته ثم زادت قيمته بعد تمامه، ففي ضمان الغاصب لذلك النقص وجهان، ذكرناها في الجارية المغصوبة إذا نقصت بمرض ثم زال النقص بزوال المرض:

أحدهما: أنه غير مضمون عليه، لأنه نقص لم يستقر، فجرى مجرى نقص السوق.

والوجه الثاني: أنه مضمون عليه، لأن الضمان قد لزم بحدوث النقص، فلم يسقط بحادث زيادة لا يملكها.

فأما إذا قال: لست أرضى به بقلاً وأريد مثل المغصوب مني حباً، ففيه وجهان:

أحدهما: يجاب إلى طلبه ويؤخذ الغاصب بإعطائه مثل حنطته، ليصل إلى مثل الحنطة المغصوبة، لا يلزم غرم أصلها لنقص إن حدث فيها، أو حال انتقل عنها، كالثوب إذا أخلق والشاة إذا ذبحت. وإذا كان كذلك واستقر ملك المغصوب منه بالرضا أو على أحد الوجهين مع عدم الرضا، لم يخل حال الأرض التي زرع فيها من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن تكون لمالك الزرع، فله إقرار الزرع فيها إلى الحصاد إن شاء، وله مطالبة الغاصب بأجرة الأرض قبل أخذها منه، وإن كان قد شغلها بالزرع الصائر إليه لتعديه غصباً وزرعاً.

والقسم الثاني: أن تكون الأرض للغاصب، فهل يجبر على استبقاء الزرع في ارضه إلى وقت حصاده أم لا؟ على وجهين:

أحدهما: لايجبر عليه، وله أخذ المغصوب منه بقلعه لحصول البذر في الأرض بالتعدي.

والوجه الثاني: يجبر الغاصب على تركه إن بذل له المغصوب منه أجر المثل من وقت التسليم إلى وقت الحصاد، لحصول البذر في أرضه باختياره.

والقسم الثالث: أن تكون الأرض لأجنبي، فلمالك الأرض أن يأخذ مالك الزرع بقلعه، إلا أن يجب إلى تركه راضياً بأجرة أو تطوع لأنه مغصوب.

وأما القسم الثالث: وهو أن يكون البذر قد صار سنبلاً، فللمغصوب منه أخذه في سنبله، وليس له مطالبة الغاصب بالبدل، لأنه في سنبله قد عاد إلى حاله قبل غصبه، ثم جميع مالزم الغاصب عليه مؤنة سقي وعمل فمتطوع به من ماله لا يرجع بشيء منه على المغصوب منه. وأمّا العشر الواجب للفقراء فهو حق الله تعالى في الزرع فلا يلزم الغاصب، لأنه إن قيل: إنه يجب في ذمة المالك، فليس الغاصب مالكاً. وإن قيل: إنه يجب في عين الزرع، فلا تعلق له بالغاصب.

فإن أخذ منه العشر وهو في يد الغاصب، نظر: فإن أخذه الإمام أجزأ، ولا ضمان على الغاصب. وإنْ فرقة الغاصب على الفقراء، لم يجز ذلك عن الواجب فيه لعدم النية من المالك في إخراجه، ويكون الغاصب ضامناً لما أخرج. فلو أخذ العشر من الغاصب وقال: لا يجزىء أخذه لوضعه الزكاة في غير موضعها، ضمن الغاصب ما أخذه الوالي منه. وإن أخذه منه جبراً، لأن الغاصب ضامن لما غصبه منه.

فصل: وإذا غصب رجل بيضاً فصار فراخاً كان ملكاً للمغصوب منه، لتولده من ملكه. ولو غصب منه شاة فأنزى عليها فحله، فوضعت سخلاً، كان ملكاً للمغصوب منه لأن الولد تبع للأم في الملك. ولو غصب منه فحلاً فأنزاه على شاة له، فوضعت سخلاً، كان للغاصب لأنه مالك للأم، ولا شيء للمغصوب منه في نزو فحله، لأنه غصب فحل محرم الثمن، إلا أن يكون النزو قد نقص من بدنه وقيمته، فيرجع على الغاصب بقدر نقصه.

فصل: ولو غصبه شاة فذبحها وطبخها لم يملكها، ويرجع بها للمغصوب منه مطبوخة، وبنقص إن حدث فيها.

وقال أبو حنيفة: قد صارت بالطبخ للغاصب، ويغرم قيمتها استدلالاً برواية عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة بن أبي موسى رضي الله عنه: أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ زَارَ قَوْماً مِنَ الأَنْصَارِ فَقَدَّمُوا إِلَيهِ شَاةً مَصْلِيَّةً فَأَكَلَ مِنْهَا لُقْمَةً فَلَمْ يَصِغْهَا فَقَالَ: مَا لِي لاَ أُصِيغُهَا؟ إِنَّ لَهَا لَشَأْناً أَوْ قَالَ: خَبَراً قَالُوا: يَارَسُولَ اللَّهِ إِنَّا أَخَذْنَاهَا مِنْ بَنِي فُلاَنٍ وَإِنَّهُمْ إِذَا وَافُوا رَاضَينَاهُمْ فَقَالَ ﷺ: «أَطْعِمُوهَا الأَسَارَى»[1] فجعل لهم تملكها بالعمل، لأنه أمرهم بإطعامها للأسارى، ولو لم يملكوها لمنعهم.

---

(١) أخرجه أبو داود في البيوع (٣٣٣٢) من حديث عاصم بن كليب، عن أبيه، عن رجل من الأنصار قال: خرجنا مع رسول الله ﷺ في جنازة، فرأيت رسول الله ﷺ وهو على القبر يوصي الحافر «أوسِعْ من قبل =

ودليلنا: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال: «لَايَحِلُّ لِأَحَدٍ مِنْكُمْ مِنْ مَالِ أَخِيهِ شَيْءٌ إِلَّا بِطِيبِ نَفْسِهِ» فَقَالَ لَهُ عَمرُو بْنُ يَثْرِبِى: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ إِنْ لَقِيتُ غَنَماً لابن عَمِّي أَخَذْتُ مِنْهَا شَاةً قَالَ: «إِنْ لَقِيتَهَا نَعْجَةً تَحْمِلُ شَفْرَةً وَزِنَاداً بِخَبْتِ الْجَمِيش فَلَا تَهِجْهَا»[1].

الجميش: صحراء بين مكة والحجاز، قليلة الساكن. يريد: إن لقيتها بهذا الموضع المهلك ومعها شفرة وهي السكين، وزناد وهي المقدحة تعرض لها.

فأما الخبر الذي استدل به، فيحمل على أن يكونوا قد أخذوا ذلك عن إذنهم من غير ثمن مقدر، ويحتمل أن يكون لتعذر مستحقيه عن استبقاء الطعام لهم، فأمرهم بذلك حفظاً لقيمته على أربابه.

فصل: وإذا غصب مجوسي شاة فذبحها، ضمن جميع قيمتها، لأنها ميتة يحرم أكلها وثمنها، والمغصوب منه أحق بجلدها، وإن أخذ القيمة لأنها من عين ماله، فإن غلبه عليه إنسان فدبغه ففيه وجهان:

أحدهما: يكون لربه.

والثاني: يكون لدابغه، فلو اشترك مسلم ومجوسي في ذبح شاة مغصوبة، ضمن المجوسي نصف قيمتها لأنه أحد الذابحين، وضمن المسلم نصف نقصها لو لم يكن المشارك له في الذبح مجوسياً. مثاله: أن تكون قيمة الشاة عشرين درهماً، ولو ذبحها مسلم صارت قيمتها عشرة، فيضمن المسلم خمسة، والمجوسي عشرة.

فصل: ولو غصب رجل عصيراً فصار في يده خلاً، رجع به المغصوب منه وينقص إن حدث في قيمته. ولو صار العصير خمراً، رجع على الغاصب بقيمته عصيراً، لأن الخمر لا قيمة له. وهل له أخذ الخمر أم لا؟ على وجهين:

= رجليه، أوسعْ من قبل راسه» فلما رجع استقبلته امرأة، فجاء، وجيء بالطعام، فوضع يده، ثم وضع القوم فأكلوا، فنظر آباؤنا رسول الله ﷺ يلوك لقمة، في فمه، ثم قال: أجد لحم شاةٍ أُخذتْ بغير إذن أهلها...» والبيهقي ٥/ ٣٣٥.

(١) أخرجه البيهقي ٦/ ٩٧. وقال المارديني في ذيل السنن: والخبت الأرض الواسعة والجميش: الذي لا نبات به، وخصّه بالذكر، لأن الإنسان إذا سلكه طال عليه وفني زاده واحتاج إلى مال أخيه المسلم. ومعناه: إنْ عرضت لك هذه الحالة فلا تعرض لنعيم أخيك بوجه ولا سبب، وأن كان ذلك سهلاً متيسراً، وهو معنى قوله: تحمل شفرةً وزناداً، أي: معها آلة الذبح والنار.

أحدهما: وهو قول أبي حامد الأسفراييني: إنه ليس له أخذه، لوجوب إراقته وإتلافه.

والوجه الثاني: له أخذه، لأنه قد ينتفع بإراقته في طين أو سقي حيوان.

فلو صار الخمر في يد الغاصب خلاً، رجع به المغصوب منه، وفي رجوعه عليه بالقيمة وجهان، كنقص المرض إذا زال:

أحدهما: يرجع بالقيمة لوجوبها.

والثاني: لا يرجع عليه لعدم استقرارها، تخريجاً من اختلاف قوليه فيمن قلع سناً من ثغر فغرم ديتها ثم عادت.

فصل: ولو غصب منه تمراً فعمله دبساً أو سمسماً فعصره شيرجاً، أو زيتوناً فاعتصره زيتاً، فللمغصوب منه أن يأخذ ذلك كله ويرجع بنقص إن حدث فيه، فإن ترك ذلك على الغاصب وطالبه بالبدل عن أصل ما غصبه فلا يخلو حال الشيء المغصوب منه من أحد أمرين:

أحدهما: إما أن يكون له مثل، أو مما لا مثل له. فإن كان مما لا مثل له كالتمر اللصيق المكنوز بالبصرة، رجع على الغاصب بما استخرجه من دبسه لأنه عين ماله، ولم يكن له المطالبة بقيمة تمره لأن أجزاء المغصوب أخص من قيمته. وإن كان مما له مثل كالسمسم، فعلى وجهين:

أحدهما: أنه بمثابة ما لا مثل له في استرجاع ما استخرج منه، تعليلاً بما ذكرناه.

والوجه الثاني: أن المغصوب منه يستحق المطالبة بمثل الأصل، لأنه أشبه بالمغصوب من أجزائه. فلو استهلك ما قد استخرجه من المغصوب، فهو على أربعة أضرب:

أحدها: أن يكون الأصل مما ليس له مثل، والمستخرج منه مما ليس له مثل كالتمر المكنوز إذا استخرج دبسه بالماء، فكل واحد من التمر والدبس غير ذي مثلٍ، فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الأصل من الحنطة، ولا يرجع بقيمة الدقيق بأكثر من قيمته تمراً أو دبساً.

والضرب الثاني: أن يكون الأصل مما له مثل، والمستخرج منه مما ليس له مثل،

كالحنطة إذا طحنها دقيقاً، فيكون للمغصوب منه أن يرجع بمثل الأصل من الحنطة، ولا يرجع بقيمة الدقيق لأن ذي المثل أولى من قيمته. فإن كانت الحنطة بعد الطحن قد زادت قيمتها دقيقاً على قيمتها حباً، استحق المغصوب منه أن يرجع على الغاصب بعد أخذ المثل بقدر الزيادة في الدقيق، كما لو غصب منه جارية فسمنت ثم ردها بعد ذهاب السمن، ضمن نقص السمن الحادث في يده مع بقاء العين، فلأن يضمن نقص الزيادة مع استرجاع المثل أولى.

والضرب الثالث: أن يكون الأصل بما ليس له مثل، والمستخرج منه مما له مثل، كالزيتون إذا اعتصره زيتاً، لأن للزيت مثل وليس للزيتون مثل، فيكون للمغصوب منه بمثل الزيت المستخرج، وبنقص إن حدث في الزيتون، لأنه لما صار المغصوب ذا مثل كان المثل أولى من قيمة الأصل، لتقديم المثل على القيمة.

والضرب الرابع: أن يكون الأصل مما له مثل، والمستخرج منه مما له مثل. كالسمسم إذا اعتصره شيرجاً، لأن كل واحد من السمسم والشيرج مثل، فيكون للمغصوب منه الخيار في الرجوع بمثل أيهما شاء من السمسم أو الشيرج، لثبوت ملكه على كل واحد منهما بعد الغصب. فإن رجع بالسمسم وكان أنقص ثمناً من الشيرج، فأراد نقصه، لم يجز وقيل: إن رضيت به، وإلا فاعدل عنه إلى الشيرج، ولا أرش لك لأن عين مالك مستهلك، ولكل حقك مثل، فلا معنى لأخذ الأصل مع الأرش مع استحقاقك لمثل لا يدخله أرش.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ غَصَبَهُ ثَوْباً وَزَعْفَرَاناً فَصَبَغَهُ بِهِ، فَرَبُّهُ بِالْخَيَارِ إِنْ شَاءَ أَخَذَهُ، وَإِنْ شَاءَ قَوَّمَهُ أَبْيَضَ وَزَعْفَرَانَهُ صَحِيحاً، وَضَمِن قِيمَةَ مَا نَقَصَ)[1].

قال الماوردي: وقد ذكرنا هذه المسألة فيما مضى من أقسام الغاصب ثوباً إذا صبغه. وسنذكر الآن لتكرارها ما حضر من الزيادة فيها.

فإذا غصب ثوباً وزعفراناً وصبغه به، نظر: فإن رضي المغصوب منه بأخذه مصبوغاً من غير تقويم فذاك له، وإن طلب استيفاء حقه وجب تقويم الثوب أبيض، وتقويم الزعفران صحيحاً. فأما الثوب فيعتبر قيمته وقت الصبغ، وأما الزعفران فتعتبر قيمته أكثر ما كانت من وقت الغصب إلى وقت الصبغ.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

والفرق بينهما: أن الزعفران مستهلك في الصبغ، فاعتبر بأكثر قيمته في السوق، لأن زيادة السوق مع الاستهلاك مضمونة. والثوب غير مستهلك، فلم يعتبر أكثر ما كان قيمة، لأن زيادة السوق مع بقاء العين غير مضمونة.

فإذا قيل: قيمة الثوب عند الصبغ عشرة، وقيمة الزعفران في أكثر أحواله إلى وقت الصبغ عشرة، فصار المضمون على الغاصب من القيمتين عشرين درهماً، فتعتبر حينئذ قيمة الثوب مصبوغاً عند أخذه من الغاصب إذا كانت السوق فيها على الحال المعتبرة في تقويمها على الغاصب لم تزد ولم تنقص. فإن زادت السوق، لم تعتبر الزيادة لدخول الضرر بها على المغصوب منه، وإن نقصت السوق لم يعتبر النقصان لدخول الضرر به على الغاصب. فإذا قوم مصبوغاً على ما وصفنا، فإن كانت قيمته عشرين درهماً فصاعداً أخذه المغصوب منه بزيادته التي لا حق للغاصب فيها. وإن كانت قيمته أقل من عشرين درهماً، رجع على الغاصب بعد أخذه بقدر نقص.

فلو قال الغاصب: أذنت لي في صبغه، وأنكر المغصوب منه، فالقول قول المغصوب منه مع يمينه، ويرجع على الغاصب بقدر النقص.

فلو قال: أذنت لك ثم رجعت في الإذن قبل صبغك، وقال الغاصب: بل كنت إلى حين الصبغ على إذنك، ففيه وجهان ذكرناهما في الرهن:

أحدهما: أن القول قول المغصوب منه.

والثاني: القول قول الغاصب.

فأما إن اختلفا في الصبغ، فقال المغصوب منه: هو لي. وقال الغاصب: بل هو لي. فإن كان الصبغ مما يمكن استخراجه، فالقول فيه قول الغاصب مع يمينه لأجل يده. وإن كان مما لا يمكن استخراجه، فالقول فيه قول المغصوب منه مع يمينه، لأنه قد صار مستهلكاً في الثوب، فجرى مجرى أجزائه.

فأما صباغ الثوب بالأجر إذا اختلف هو ورب الثوب في الصبغ، فقال رب الثوب: الصبغ لي، وقال الصباغ: الصبغ لي، فإن كان الصباغ أجيراً منفرداً فالقول قول رب الثوب في الصبغ، وإن كان أجيراً مشتركاً فالقول قول الصباغ. والفرق بينهما: أن اليد في الأجير المنفرد لرب الثوب، وفي المشترك للأجير.

فصل: فلو غصب ثوباً فغسله أو قصره، رده مغسولاً ومقصوراً، ولا شيء له في زيادة الغسل والقصارة. ولو نقص بهما ضمن النقصان. والفرق بين المفلس حين يكون شريكاً في زيادة القصارة على أحد القولين، وبين الغاصب، وإن كان بعض أصحابنا غلط فسوى بينهما، هو: أن زيادة القصارة بالعمل، والغاصب متعد بعمله، فلم يملك الزيادة به، والمفلس غير متعد بعمله فملك الزيادة به. والله أعلم.

فصل: ولو غصب ثوباً فقطعه قميصاً. فإن لم يخطه، فربه أحق به، ويرجع بأرش نقصه.

وقال أبو يوسف: ربه بالخيار بين أن يأخذه ولا شيء له، وبين أن يدعه على الغاصب بأخذ قيمته.

وقال محمد بن الحسن: إنه بالخيار بين أن يأخذه وما نقص، وبين أن يدعه على الغاصب ويأخذ قيمته. وفيما مضى من الدلائل في أمثال هذا كاف.

وإذا كان كذلك، فلا يخلو أن تكون خيوط الخياطة: لرب الثوب، أو للغاصب، أو لأجنبي. فإن كانت لرب الثوب، أخذه مخيطاً. فإن طالب الغاصب بنقص الخيوط منه وفتق الخياطة، فإن كان له فيه غرض صحيح أجبر القاطع عليه، ثم على دفع ما حدث من نقص. وإن لم يكن فيه غرض، فعلى ما ذكرنا من الوجهين.

وإن كانت للغاصب فأراد استخراجها من الثوب، فله ذاك، وضمن ما نقص بالاستخراج وإن تركه فرضي رب الثوب بتركه، فله ذاك. فإن طلب فتقه واستخراج خيوطه، وإن كان لغرض صحيح، أخذ الغاصب به. وإن لم يكن لغرض صحيح، فعلى وجهين.

وإن كانت الخيوط لأجنبي، فله أن يأخذ الغاصب باستخراجها، ويضمن له ما نقصها، ويضمن لرب الثوب ما نقص من الثوب، وهكذا لو غصب ثوباً فطرزه، أو رتاه، كان القول في الطراز كالقول في الخياطة سواء. والله أعلم.

فصل: وإذا غصب من رجل دقيقاً وعسلاً ودهناً، وعصده عصيداً، أخذه المالك معقوداً. فإن كان قيمته حينئذ بقيمة المقدرات المغصوبة منه فصاعداً، مثل أن تكون قيمة الدقيق درهماً وقيمة الدهن درهمين وقيمة العسل خمسة دراهم، فتكون قيمة العصيدة

ثمانية دراهم فصاعداً، أخذه المغصوب منه ولا شيء له على الغاصب، ولا شيء للغاصب في زيادة إن كانت بعلمه. وإن نقصت قيمته معصوداً فكان خمسة دراهم، أخذها ورجع على الغاصب بثلاثة دراهم قدر نقصه. فلو ترك المغصوب منه العصيد على الغاصب، وطالب الغاصب بالبدل عن إفراد ما غصب منه، لم يخل حال ذلك من ثلاثة أضرب:

أحدها: أن تكون جميعاً مما لا مثل له.

والثاني: أن تكون جميعها مما له مثل.

والثالث: أن يكون بعضها مما له مثل، وبعضها مما لا مثل له.

فإن كان جميع المغصوب منه لا مثل له، فليس له المطالبة بقيمتها مع بقاء أعيانها، ويسترجعها ونقصها. وإن كان جميعها مما له مثل، فعلى وجهين ذكرنا توجيههما. وإن كان لبعضها مثل وبعضها لا مثل له، فليس له في الجمع بدل، ويأخذ أعيان ماله مع النقص، لأن ما لا مثل له لا يستحق بدله، وليس يمتاز عما له مثل، فأجبر على أخذ جميعه دون المثل والقيمة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ كَانَ لَوْحاً فَأَدْخَلَهُ فِي سَفِينَةٍ، أَوْ بَنَى عَلَيْهِ جِدَاراً، أَخَذَ بِقَلْعِهِ)(١).

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا غصب لوحاً فبنى عليه سفينة. أو داراً، أخذ بهدم بنائه ورد اللوح بعينه، وبه قال مالك وأهل الحرمين.

وقال أبو حنيفة وأهل العراق: يدفع القيمة، ولا يجبر على هدم البناء استدلالاً بقول النبي ﷺ: «**لَا ضَرَرَ وَلَا ضِرَارَ، فمن ضارّ أضر الله به، ومن شاقّ شقّ الله عليه**»(٢). وفي أخذه بهدم بنائه أعظم إضراراً به.

وبقوله ﷺ: «**يَسِّرُوا وَلَا تُعَسِّرُوا، إِنِّي بُعِثْتُ بِالحَنِيفِيَّةِ السَّمِحَةِ**»(٣). وفي أخذ القيمة منه فيه تيسير قد أمر به، وفي هدم بنائه تعسير قد نهى عنه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) القسم الأول من الحديث «يّسروا ولا تعسّروا» عند ابن حبان ـ الإحسان ـ من حديث أبي موسى الأشعري بلفظ «يسّرا ولا تعسّرا، وبشّرا ولا تنفّرا». وتقدّم في الحج. وفي البخاري كتاب الإيمان باب الدين يسر ١/ ٩٣ تعليقاً: قول النبي ﷺ: «أحبّ الدين إلى الله الحنيفية السمّحة».

قالوا: ولأنه مغصوب يستضر برده، فلم يجبر عليه، كالخيط إذا خاط به جرح حيوان.

قالوا: ولأنه مغصوب لا يمكنه رده إلا باستهلاك مال، فلم يجب رده كما لو كان في السفينة مال لغير الغاصب.

ودليلنا: قوله ﷺ: «عَلَى الْيَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَّى تُؤَدِّي». فلزمها رد اللوح لأخذه.

وروى عبد الله بن سعيد، عن أبي حميد الساعدي أن رسول الله ﷺ قال: «لاَ يَحِلُّ لِامْرِئٍ أَنْ يَأْخُذَ عَصَا أَخِيهِ بِغَيْرِ طِيبِ نَفْسِهِ» وذلك لشدة ما حرم الله مال المسلم على المسلم[1]، وهذا خبر ظاهر كالنص.

وروي عن النبي ﷺ أنه قال: «إِنَّ لِصَاحِبِ الحَقِّ يَداً وَمَقَالاً»[2]. ولأن كل مغصوب جاز رده وجب عليه رده، كالذي لم يبن عليه طرداً، والخيط في جرح الحيوان عكساً. ولأنه شغل المغصوب بما لا حرمة له، فوجب أن يلزمه أرضه. كما لو كانت أرضاً فزرعها أو غرسها. ولأن كل ما لو احتاج ابتدأ إليه، لم يجبر مالكه عليه وجب إذا غصب أن يجبر على رده إليه، كالأرض طرداً والخيط لجرح الحيوان عكساً. ولأن دخول الضرر على الغاصب لا يمنع من رد المغصوب، كما لو حلف بعتق عبده ألا يرد المغصوب.

فأما الجواب عن قوله ﷺ: «لاَ ضَرَرَ وَلاَ ضِرَارَ»[3] فهو: أنه مشترك الدليل، لأن في منع المالك منه إضرار به، فكان دخول الضرر به على الغاصب ورفعه عن المغصوب منه أولى من دخوله على المغصوب منه في تيسير أمره ورفعه عن الغاصب.

وأما الجواب عن قوله ﷺ: «يَسِّرُوا وَلاَ تُعَسِّرُوا»[4] فمن وجهين:

أحدهما: أنه يستعمل في المغصوب منه في تيسير أمره برد ماله، فيكون أولى من استعماله في الغاصب في تمليك غير مالكه.

= وحديث أبي أمامة «بعثت بالحنيفية السمحة». عند أحمد ٥/٢٦٦ وتفسير القرطبي ١٩/٣٩ وابن كثير ١/٣١٢ و٣/٤٨٩ والدر المنثور ١/ ٢٤٠ وطبقات ابن سعد ١/١٢٨.

(١) حديث أبي حميد السّاعدي: أخرجه البيهقي ٦/ ١٠٠ و٩/٣٥٨ وأحمد ٥/ ٤٢٥ والطحاوي في شرح مشكل الآثار ٤/ ٤١ ـ ٤٢.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

والثاني: إن التيسير في غير العصاة، والغاصب عاصٍ لا يجوز التيسير عليه، لما فيه من الذريعة إلى استدامة المعصية.

وأما الجواب عن قياسهم على الخيط في جرح الحيوان، فمن وجهين:

أحدهما: معارضة الأصل، بأن المعنى في الخيط أنه ليس له رده فلم يجب عليه رده، وفي اللوح له رده.

والثاني: المعاوضة في الأصل، بأن المعنى في الخيط أنه لو احتاج ابتداء إليه أجبر المالك عليه، فلم يجبر على رده إليه، وليس كذلك في الفرع، وهذا إن سلموا من دخول النقص عليهم بالأرض إذا بنى فيها بأن قالوا: ليست الأرض عندنا مغصوبة.

وأما الجواب عن قياسهم إذا كان فيها مال لغير الغاصب، فهو: أن استرجاع اللوح واجب، وإنما يستحق لحفظ المال للغير بالصبر حتى تصل السفينة إلى الشط.

فصل: فإذا تقرر أن نقص البناء لرد المغصوب واجب، فسواء كان البناء قليلاً أو كثيراً، وسواء كانت قيمة اللوح قليلة أو كثيرة. حتى لو كانت قيمة اللوح درهم، وقيمة البناء ألف درهم، أخذ بقلعه حتى يخلص اللوح لربه، إلا أن يراضيه على أخذ ثمنه. ثم إذا استرجع اللوح لزمه أجرة مثله، إن كانت له أجرة، وأرض نقصه إن حدث فيه نقص.

فلو كان المغصوب حجراً فبنى عليه منارة مسجد، أخذ بنقض المنارة لرد الحجر، ثم عليه غرم نقص المنارة للمسجد، وإن كان هو المتطوع ببنائه لخروج ذلك عن ملكه.

فأما إن كان اللوح قد بني عليه سفينة، فإن كانت السفينة على الشط أو بقربه، هدمت لأخذ اللوح منها حتى يصل اللوح إلى ربه. وإن كانت سائرة في البحر، فإن كان اللوح في أعلاها بمكان لا يهلك ما في السفينة بأخذه، أخذ منها. وإن كان في أسفلها، فإن أخذ منها هلكت وما فيها، نظر: فإن كان فيها حيوان لم يجز أن يقلع حراسة لنفوسهم، سواء كانوا آدميين أو بهائم، وسواء كانت البهائم للغاصب أو لغيره، لأن للحيوان حرمتين: حرمة نفسه، وحرمة صاحبه. وإن لم يكن فيها حيوان وكان فيها مال، نظر: فإن كان لغير الغاصب لم يجز أخذ اللوح منها لما في أخذه من إتلاف مال له حرمة في الحفظ والحراسة، وإن كان للغاصب ففيه وجهان:

أحدهما: يؤخذ اللوح منها، وإن تلف مال الغاصب فيها لذهاب حرمته بتعدي مالكه، كما يذهب ماله في هدم بنائه.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز أن يؤخذ منها، لأنه قد يمكن أخذه بعد الوصول إلى الشط من غير استهلاك ما فيها من مال، وليس كالبناء الذي لا يقدر على اللوح إلا بعد استهلاكه. فعلى هذا، يقال لرب اللوح: أنت بالخيار بين أن تصبر باللوح حتى تصل السفينة إلى الشط فتأخذ لوحك، وبين أن تأخذ في الموضع قيمة لوحك. فلو اختلطت السفينة التي دخل اللوح في بنائها بعشر سفن للغاصب، ولم يصل إليه إلا بهدم جميعها، ففيه وجهان:

أحدهما: يهدم جميعها حتى يصل إليه، كما يهدم جميع السفينة الواحدة حتى يصل إليه.

والوجه الثاني: أنه لا يجوز هدم شيء منها، إلا أن يتعين اللوح فيها، لأنه لا يجوز أن يستهلك عليه هدم شيء منها إلا أن يتعين اللوح فيه، لأنه لا يجوز أن يستهلك عليه مال لا يتعين التعدي فيه.

فصل: ولو عمل اللوح المغصوب باباً، أو بناه سفينة، أو غصب حديداً فعمله درعاً، لم يملكه في هذه الأحوال كلها.

وجعله أبو حنيفة مالكاً لذلك بعمله، وذلك من أقوى الذرائع في الإقدام على المغصوب. وإذا لم يملك الأرض المغصوبة ببنائه وبغرسه فيها، والأرض عندهم غير مغصوبة، فلأن لا يملك غيرها من المغصوب عندنا وعندهم أولى. وإذا كان كذلك، فللمغصوب منه استرجاعه منه معمولاً، ولا شيء للغاصب في عمله، إلا أن يكون له أعيان مزالة فيسترجعها، ويضمن نقص المغصوب. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (أَوْ خَيْطاً خَاطَ بِهِ ثَوْبَهُ، فَإِنْ خَاطَ بِهِ جُرْحَ إِنْسَانٍ أَوْ حَيَوَانٍ ضَمِنَ الْخَيْطَ وَلَمْ يَنْزَعْ)[(١)].

قال الماوردي: وصورتها: فيمن غصب خيطاً فخاط به شيئاً، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون قد خاط به غير حيوان كالثياب، فيؤخذ الغاصب بنزعه ورده على مالكه، وأرش نقصه إن نقص.

والضرب الثاني: أن يكون قد خاط به حيواناً، فعلى ضربين:

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

أحدهما: أن يكون الحيوان ميتاً عند المطالبة بالخيط، فينظر: فإن كان الحيوان مما لا حرمة له بعد موته كالبهيمة، نزع الخيط منه ورده على مالكه. وإن كان مما له حرمة كالآدمي، نظر: فإن لم يفحش حاله بعد نزع الخيط منه نزع، وإن فحش لم ينزع لقوله ﷺ: «حُرْمَةُ ابْنِ آدَمَ بَعْدَ مَوْتِهِ كَحُرْمَتِهِ فِي حَيَاتِهِ»[1].

والضرب الثاني: أن يكون حياً فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون مباح النفس من آدمي أو بهيمة، كالمرتد والخنزير والكلب العقور، فيؤخذ بنزعه لأنه مما لا حرمة لحفاظ نفسه، ثم يغرم بعد نزعه أرش نقصه.

والضرب الثاني: أن يكون محظور النفس فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون آدمياً. فعلى ضربين:

أحدهما: أن يخاف من نزعه التلف، فيقر الخيط ولا ينزع، سواء كان الغاصب أو غيره، لما يلزم من حراسة نفسه بعد غصبه، فأولى أن يجبر على تركه، فعلى هذا يغرم قيمته.

والضرب الثاني: أن يأمن التلف، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يأمن الضرر وشدة الألم، فهذا ينزع منه، ويرد على مالكه مع أرش نقصه.

والضرب الثاني: أن يخاف ضرر أو شدة ألم وتطاول مرض، ففيه وجهان مخرجان من اختلاف قوليه في تيمم المريض إذا خاف تطاول المرض وشدة الألم:

أحدهما: ينزع، إذا قيل: لا يتيمم.

والثاني: يقر، إذا قيل: يتيمم.

والضرب الثاني: في الأصل أن يكون الحيوان غير آدمي، فعلى ضربين:

أحدهما: أن يكون غير مأكول كالبغل والحمار فعلى ضربين:

أحدهما: أن يؤمن تلفها فينزع الخيط.

والثاني: أن يخاف تلفها، فيقر لحرمة نفسها التي لا يجوز انتهاكها بتعدي مالكها.

---

(١) سبق تخريجه في الجنائز.

والضرب الثاني: أن يكون الحيوان مأكولاً كالشاة والبعير، فإن أمن تلفها بنزعه نزع، وإن خيف تلفها ففيه قولان:

أحدهما: رواه الربيع: تذبح لينزع الخيط منها، لأنه قد يوصل إلى أخذه على وجه مباح.

والقول الثاني: رواه المزني وحرملة: إنه يقر الخيط ولا ينزع، ويؤخذ الغاصب بقيمته، لِنَهْيِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ عَنْ ذَبْحِ الْبَهَائِمِ إِلاَّ لِمَأْكَلَةٍ وقال ﷺ: **«مَنْ ذَبَحَ عُصْفُوراً بِغَيْرِ حَقِّهَا حُوسِبَ بِهَا» قِيلَ: وَمَا حَقُّهَا؟ قَالَ: «أَنْ يَذْبَحْهَا لِغَيْرِ مَأْكَلَةٍ»**[1].

فصل: وإذا مرت بهيمة رجل في سوق، فابتلعت جوهرة رجل، لم يخل حال البهيمة: من أن يكون معها مالكها، أو لا.

فإن لم يكن معها، فلا ضمان عليه في الجوهرة، لأنه غير ضامن لما جنته. فلو سأله صاحب الجوهرة بيع البهيمة ليتوصل منها إلى أخذ الجوهرة، أو يصيرا معاً في ملكه، لم يجبر المالك على البيع.

وقال أبو حنيفة: إن كانت قيمة الجوهرة أكثر من قيمة البهيمة، أجبر صاحبها على أخذ قيمتها. وإن كانت قيمة الجوهرة أقل، لم يجبر. وهذا فاسد استدلالاً بقياسين:

أحدهما: أن ما لا يستحق تملكه باستهلاك الأقل، لم يستحق تملكه باستهلاك الأكثر، قياساً على كسرها إناء أو أكلها طعاماً.

والثاني: أن ما لا يستحق تملكه مع تلف الشيء، لم يستحق تملكه مع بقائه، قياساً على ما قيمته أقل. وإن كان صاحبها معها كان ضامناً لها، سواء كانت البهيمة شاة أو بعيراً.

وقال أبو علي بن أبي هريرة: إن كانت البهيمة بعيراً ضمن، وإن كانت شاة لم يضمن.

وفرّق بينهما: بأن العرف في البعير النفور، فلزم منعه ومراعاته. والعرف في الشاة السكون، فلم يلزم منعها ومراعاتها.

وهذا خطأ، لأن سقوط مراعاة الشاة، إنما كان لأن المعهود منها السلامة، فإن

---

(١) حديث عبد الله بن عمرو. أخرجه الشافعي في مسنده ٢/ ١٧١ ـ ١٧٢ والنسائي ٧/ ٢٣٩ والبيهقي ٩/ ٨٦ وأحمد ٢/ ١٦٦ و١٩٧ والحاكم ٤/ ٢٣٣ والبغوي (٢٧٨٧).

أفضت إلى غير السلامة لزم الضمان. كما أبيح للرجل ضرب زوجته، وللمعلم ضرب الصبي لأن عاقبته السلامة. فإن أفضى الضرب بها إلى التلف ضمنا.

فإذا ثبت أن ذلك مضمون عليه، نظر في البهيمة: فإن كانت غير مأكولة لزمه غرم القيمة لتحريم ذبحها وتعذر الوصول إليها، وإن كانت مأكولة فعلى ما مضى من القولين:

أحدهما: تذبح عليه، وتؤخذ الجوهرة من جوفها.

والثاني: لا يجوز ذبحها، وتؤخذ منه قيمة الجوهرة.

فعلى هذا لو ماتت البهيمة، أو ذبحها لمأكلة، فوصل إلى الجوهرة، رجع بها المالك، ورد ما أخذه من القيمة. كما لو أخذ قيمة آبق، ثم وجده.

والفرق بين وهذا وبين أن يأخذ قيمة ماله: مثل عند عدم المثل، ثم يجد المثل فيستقر ملكه على القيمة، ولا يرجع بالمثل.

وكذا لو سافر عن عبد غصبه بالبصرة، فالتقى بمالكه بمكة، فأخذ منه قيمة العبد بالبصرة، ثم قدما إلى البصرة بعد أخذ القيمة، استقر ملكه على القيمة، ولا يرجع بالعبد: هو أن جواز اتفاقهما على ذبح البهيمة لأخذ ما فيها من الجوهرة حرام، فكان أخذ القيمة ضرورة. فإذا حصلت الجوهرة زالت الضرورة، وليس كذلك إذا اتفقا على القدوم إلى البلد الذي فيه المغصوب، والصبر على أن يأتي بمثل ذي المثل، فيجوز ولا يحرم، فلم يكن فيه ضرورة يعتبر زوالها في الرجوع، فصار أخذ القيمة في أربعة مواضع: يرجع في موضعين منها بالأصل عند القدرة وهي: الآبق إذا ظهر، والعدول إلى المغصوب بعد أخذ القيمة. ولا يرجع في موضعين منها بالأصل عند القدرة عليه وهما: المثل إذا وجد بعد أخذ القيمة، والقدوم إلى بلد المغصوب الباقي بعد أخذ القيمة

فصل: وإذا تبايعا بهيمة وابتلعت ثمنها، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك بعد قبض الثمن. فالبيع صحيح، سواء كان الثمن معيناً أو في الذمة، أبرأه المشتري منه بالدفع. ثم ينظر في البهيمة: فإن كانت في يد البائع فالثمن غير مضمون، لأن ما جنته في يد مضمون عليه، والثمن ملك له، وعليه تسليم البهيمة. فإن قدر على الثمن بموت أو بذبح اختاره المشتري لمأكله، رد على البائع. وإن كانت البهيمة في يد المشتري، فالثمن مضمون عليه للبائع. فإن كانت غير مأكولة غرم مثله، وإن كانت مأكولة فهل تذبح لأخذ الثمن منها أم لا؟ على ما مضى من القولين.

والضرب الثاني: أن تبتلع الثمن قبل قبضه. فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون في الذمة لم يتعين بالعقد، فالبيع لا يبطل، وهو باق في ذمة المشتري، ثم ينظر: فإن كانت البهيمة عند ذلك في يد المشتري، فما ابتلعه غير مضمون على واحد منهما. أما البائع فلزوال يده بالتسليم، وأما المشتري فلأنه ماله، وجناية البهيمة من ضمانه. وإن كانت في يد البائع فهو مضمون عليه.

فإن كانت البهيمة مما لا تؤكل، لزمه غرم مثله. فعلى هذا، يكون له الثمن، وعليه مثله يتقاضانه.

وإن كانت البهيمة مأكولة فهل تذبح أم لا؟ على القولين:

فإن قيل: لا تذبح، لزم غرم مثل الثمن، وتقصاه ولا خيار للمشتري في فسخ البيع.

وإن قيل: تذبح، لم يجز أن يتقصاه، لأن وجود عينه يمنع من استقراره في ذمة البائع، والعين لا تكون قصاصاً من الذمة فعلى هذا، يستحق المشتري الخيار في فسخ البيع، لأن ذبح البهيمة قد استحق في يد البائع، وذلك عيب حادث، وهو مضمون عليه، فلأجله ما استحق المشتري خياراً به. وإن كان هو المستحق، لما أوجب العيب.

والضرب الثاني: أن يكون الثمن معيناً، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن تكون البهيمة غير مأكولة، فالبيع باطل. لأن تلف الثمن المعين قبل قبضه مبطل للبيع، وهو متعذر القدرة عليه كالتالف، ثم ينظر: فإن كانت البهيمة في يد المشتري، فهو تالف من ماله، والبائع غير ضامن له، وعلى المشتري رد البهيمة على البائع. فإن قدر على الثمن بموتها، رد على المشتري.

وإن كانت البهيمة في يد البائع، فالثمن مضمون عليه، ويغرم مثله.

والضرب الثاني: أن تكون البهيمة مأكولة، ففي بطلان البيع قولان بناء على اختلاف قوليه في ذبحها فيما ابتلعته.

فإن قيل: لا تذبح، فالبيع باطل لتلف الثمن المعين فيه، ويكون الضمان على ما ذكرنا من أنها إن كانت في يد المشتري فلا ضمان، وإن كانت في يد البائع فعليه الضمان.

وإن قيل: تذبح، فالبيع لا يبطل لأن الثمن المعين مقدور عليه، ثم ينظر: فإن كانت البهيمة في يد المشتري ذبحت ودفع الثمن إلى البائع، ولا خيار للمشتري في فسخ البيع،

لأنه عيب حدث في يده. وإن كانت في يد البائع، ذبحت وكان للمشتري الخيار في فسخ البيع بحدوث العيب في يد البائع. فإن كف البائع عن ذبحها، لم يسقطه خيار المشتري، لأنه لو طالب به من بعد لا يستحقه. ولو أبرأ المشتري منه لم يجز، لأن البراءة من الأعيان لا تصح. ولو وهبه لم يجز، لأنها هبة ما لم يقبض، وخيار المشتري في الأحوال كلها على حاله.

فصل: وإذا مرت بهيمة رجل بقدر باقلاني، فأدخلت رأسها فيه، ولم يخرج إلا بكسر القدر أو ذبح البهيمة، فلا يخلو حالها من أربعة أقسام:

أحدها: أن يكون صاحب القدر متعدياً في وضعها في غير حق، وصاحب البهيمة غير متعد، فالواجب كسر القدر لتخليص البهيمة، ويكون كسرها هدراً لتعديه بها.

والقسم الثاني: أن يكون صاحب البهيمة متعدياً لإدخالها في غير حق، وصاحب القدر غير متعد، فيكون تخليص البهيمة مضموناً على صاحبها لتعديه بها. فإن كانت مما لا تؤكل كسرت القدر، لأن لنفس البهيمة حرمة في حراستها، ثم كسر القدر مضمون على صاحبها.

وإن كانت مما تؤكل، فعلى قولين بناء على جواز ذبحها في تخليص ما جنته:

أحدهما: تذبح ويخرج رأسها من القدر، ولا يجوز كسرها.

والقول الثاني: لا يجوز ذبحها وتكسر القدر لتخليص رأسها، ثم يضمن أرش كسرها.

والقسم الثالث: أن يكون كل واحد منهما غير متعد، فالتخليص مضمون على صاحب البهيمة لا بالتعدي، لأنه لم يكن متعدياً، ولكن يريد استصلاح ملكه به، فضمن مؤنة استصلاحه. فإن لم تكن البهيمة مأكولة، كسرت القدر وضمن كسرها، وإن كانت مأكولة فعلى قولين:

أحدهما: تذبح البهيمة، ولا تكسر القدر.

والثاني: تكسر القدر، ويضمن الكسر.

والقسم الرابع: أن يكون كل واحد منهما متعدياً، فالتخليص مضمون عليهما لاشتراكهما في التعدي، كالمتصادمين.

فإن كانت البهيمة غير مأكولة، كسرت القدر، وضمن صاحب البهيمة نصف الكسر، وكان النصف الباقي هدراً.

وإن كانت مأكولة، فإن قيل: لا يجوز ذبحها، كسرت القدر، وضمن صاحب البهيمة كسر القدر لا ضمان نصف كسرها.

وإن قيل: يجوز ذبحها فتنازعا، فقال صاحب البهيمة: تكسر القدر لأضمن نصف كسرها، وقال صاحب القدر: بل تذبح البهيمة لأضمن نصف النقص في ذبحها، نظر البادىء منهما بطلب التخليص، فجعل ذلك في جنبته، فإن بدأ به صاحب البهيمة أجبر على ذبحها ورجع نصف نقصها. وإن بدأ به صاحب القدر، أجبر على كسرها ورجع بنصف نقصها. فإن كانا ممسكين عن النزاع حتى تطاول بهما الزمان، أجبر صاحب البهيمة على ذلك لأن عليه خلاص بهيمته، لأنها نفس يحرم تعديتها، وليس على صاحب القدر خلاص قدره إلا إذا شاء.

وإن كانت البهيمة لا يوصل إلى منحرها لدخوله في القدر، فلا يكون عقرها ذكاة لها، لأنه قد يصل إلى منحرها بكسر القدر. وإذا كان كذلك، وجب كسر القدر لأن عقر البهيمة لغير الذكاة حرام. ثم يضمن صاحب البهيمة نصف الكسر، وهكذا القول في فصيل دخل داراً فكبر فيها حتى لم يقدر على الخروج من بابها إلا بهدمه، أو أترجة من شجرة دخلت في إناء كبرت فيه فلم تخرج إلا بكسره.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ غَصَبَ طَعَاماً فَأَطْعَمَهُ مَنْ أَكَلَهُ ثُمَّ اسْتُحِقَّ، كَانَ لِلْمُسْتَحِقِّ أَخْذُ الْغَاصِبِ بِهِ. فَإِنْ غَرِمَهُ فَلاَ شَيْءَ لِلْوَاهِبِ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ، وَإِنْ شَاءَ أَخَذَ الْمَوْهُوبُ لَهُ، فَإِنْ غَرِمَهُ فَقَدْ قِيلَ: يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْوَاهِبِ. وَقِيلَ: لاَ يَرْجِعُ بِهِ. إلى آخر كلام المزني)[1].

قال الماوردي: اعلم بأن هذه المسألة تشتمل على قسمين، يتضمن كل واحد منهما ثلاثة فصول:

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٨: وتتمة المسألة: «قال المزني: أشبه بقوله: إنّ هبة الغاصب لا معنى لها، وقد أتلف الموهوب له ما ليس له ولا للواهب، فعليه غرمه، ولا يرجع به. فإن غرمه الغاصب، رجع به عليه، هذا عندي أشبه بأصله».

فأما القسم الأول: وهو المسطور منها، فمصور فيمن غصب طعاماً فأطعمه غيره، ففيه ثلاثة فصول:

أحدها: أن يهبه لرجل فيأكله الموهوب له.

والثاني: أن يأذن له في أكله من غير هبته.

والثالث: أن يطعمه عبد غيره، أو بهيمته.

فأما الفصل الأول من الفصول الثلاثة، وهو: أن يهبه لرجل فيأكله الموهوب له، فربُّ الطعام بالخيار بين: أن يرجع به على الغاصب لتعديه بأخذه، وبين: أن يرجع على الموهوب له لاستهلاكه بيده. فإن رجع به على الموهوب له فأغرمه إياه، لم يخل حاله: من أن يكون قد علم بأنه مغصوب، أو لم يعلم بأنه مغصوب فلم يرجع بغرمه على الغاصب، لأنه قد صار بعلمه كالغاصب. وإن لم يعلم بأنه مغصوب، ففي رجوعه على الغاصب. بما يغرمه قولان:

أحدهما: أنه يرجع به على الغاصب، لأنه غار له في إيجاب الغرم.

والقول الثاني: أنه لا يرجع على الغاصب لبطلان هبته، فصار كاستهلاكه إياه من غير هبته. وإذا رجع المالك بغرمه على الغاصب الواهب، فإن كان الموهوب له عالماً بأنه مغصوب رجع على الغاصب عليه بما غرم، وإن لم يعلم بأنه مغصوب ففي رجوعه بالغرم على الموهوب له قولان:

أحدهما: لا يرجع به، لأنه غار. وهذا على القول الذي يقول: إن الموهوب له يرجع على الغاصب الغار.

والقول الثاني: إنه يرجع على الموهوب له بالغرم، لأنه متلف. وهذا على القول الذي يقول: إن الموهوب له لا يرجع لأنه متلف.

فلو اختلف الغاصب والموهوب له في علمه بكون الطعام مغصوباً، فادعى الغاصب علمه ليكون مضموناً عليه، وأنكر الموهوب له العلم، نظر: فإن قال له الغاصب: أعلمتك عند الهبة أنه مغصوب، فالقول قول الغاصب. وإن قال: علمت من غيري، فالقول قول الموهوب له. والفرق بينهما: أنه إذا ادعى إعلامه بنفسه فقد أنكر عقد البهيمة على الصحة، فقبل قوله، وليس كادعائه عليه.

وأما الفصل الثاني: وهو أن يأذن له في أكله فيأكله من غير هبة وإقباض، فإن علم الآكل بأنه مغصوب، فهو مضمون عليه، وربه بالخيار بين: أن يرجع به على الآجل فيغرمه، ولا يرجع الآكل به على الغاصب. وبين: أن يرجع به على الغاصب فيغرمه، ويرجع الغاصب به على الآكل. وإن لم يعلم بأنه مغصوب، فربه أيضاً بالخيار في إغرام أيهما شاء، فإن غرم الآكل فقد اختلف أصحابنا:

فذهب البغداديون: إلى أن في رجوعه بالغرم على الغاصب قولين، كما لو استهلكه من غير هبته.

وذهب البصريون: إلى أنه يرجع به قولاً واحداً. والفرق بين الآكل والموهوب له: أن استهلاك الآكل بإذن الغاصب، فرجع عليه. واستهلاك الموهوب له بغير إذن الغاصب، فلم يرجع عليه، فإن غرم المالك الغاصب فعلى مذهب البغداديين: يكون رجوعه بالغرم على الآكل على قولين، وعلى مذهب البصريين: لا يرجع به قولاً واحداً.

وأما الفصل الثالث: وهو أن يطعمه بهيمة لرجل أو عبده، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون ذلك بغير أمر مالك البهيمة والعبد، فهو مضمون على الغاصب وحده، يرجع به المالك على الغاصب، ولا يرجع على مالك البهيمة والعبد، فإن أعسر به الغاصب فلا شيء له في رقبة البهيمة والعبد، ولا على مالكهما، لأن المتلف هو الغاصب دونهما.

وإن كان إطعامهما ذلك بأمر مالكيهما، نظر: فإن علم عند أمره بأنه مغصوب فهو مضمون عليه، ومالك الطعام بالخيار بين أن يرجع به على الآمر فيغرمه، ولا يرجع به الآمر على الغاصب، وبين أن يرجع به على الغاصب فيغرمه ويرجع به الغاصب على الآمر. وإن لم يعلم الآمر بأنه مغصوب، نظر: فإن سلمه وتولى هو إطعام البهيمة والعبد ذلك، كان في حكم الموهوب له، وإن لم يسلمه إليه كان في حكم الأصل، فهذا أحد القسمين.

فصل: وأما القسم الثاني: فمصور في هذه الفصول الثلاثة، إذا كانت في رب الطعام.

فالفصل الأول: إذا وهب الغاصب الطعام لمالكه. فإن علم عند الأكل أنه طعامه، لم يرجع بغرمه على الغاصب، وإن لم يعلم به فعلى قولين:

أحدهما: يرجع به، إذا قيل: إن للأجنبي الموهوب له إذا غرمه رجع.

والقول الثاني: لا يرجع به، إذا قيل: إن الأجنبي بعد الغرم لا يرجع.

والفصل الثاني: أن يأذن الغاصب لرب الطعام في أكله. فإن علم به حين أكله لم يرجع بغرمه، وإن لم يعلم به فعلى قول البغداديين: يكون رجوعه على قولين. وعلى قول البصريين: يرجع به قولاً واحداً على حسب اختلافهم في الآكل الأجنبي.

والفصل الثالث: أن يطعمه عبد رب الطعام أو بهيمته. فإن كان عن غير أمره، رجع عليه بغرمه. وإن كان بأمره، فإن علم لم يرجع، وإن لم يعلم رجع. فإن دفعه إليه، كان رجوعه على قولين، كما لو وهبه له. وإن لم يدفعه إليه، كان على اختلاف المذهبين كما لو أطعمه إياه.

وأما المزني، فإنه اختار من القولين في الموهوب له: إن أغرمه لا يرجع بالغرم على الغاصب، ويرجع الغاصب إذا أغرمه على الموهوب له، استدلالاً بما ذكرناه توجيهاً له. وهو لعمري أظهر القولين، ولمن اختار الآخر أن ينفصل عنه بما ذكرناه توجيهاً له من الغرور.

فصل: ولو أن غاصب الطعام باعه على مالكه المغصوب منه، وهو يعلم به أو لا يعلم، فتلف في يده بعد قبضه بإتلافه أو بغير إتلافه، فهو بريء من ثمنه، والغاصب بريء من ضمانه قولاً واحداً؛ لأنه قبضه بالابتياع من حين الضمان، بخلاف الهبة.

وهكذا لو غصبه المالك من الغاصب وهو لا يعلم أنه طعامه، برىء منه الغاصب لما عللناه في الابتياع، لأن الغصب موجب للضمان.

فصل: فأما إن أودعه الغاصب عند مالكه أو رهنه إياه، أو كان مما يستأجر فأجره وقبضه منه بالوديعة أو بالرهن أو بالإجارة، ثم تلف عنده، نظر: فإن علم بعد قبضه أنه ماله، برىء الغاصب من ضمانه. وإن لم يعلم، نظر: فإن كان تلفه على وجه يوجب الضمان على المودع والمرتهن والمستأجر، برىء الغاصب من ضمانه لكونه مضموناً عليه. وإن كان تلفه على وجه لا يوجب الضمان في هذه الأحوال، ففي براءة الغاصب منها وجهان:

أحدهما: يبرأ منه لعوده إلى يد مالكه.

والوجه الثاني: لا يبرأ منه، لأن خروجه من يده إما نيابة عنه، أو أمانة منه، فلم تزل يده، فكان على ضمانه.

فلو أن الغاصب خلطه بمال المالك فتلف، والمالك لا يعلم به، فإن لم يكن المال في يد المالك فالضمان باق على الغاصب، وإن كان في يده فإن تلف باستهلاك المالك بريء منه الغاصب، وإن تلف بعد استهلاكه كان في براءته وجهان.

مسألة: قَالَ المَزَنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ حَلَّ دَابَّةً أَوْ فَتَحَ قَفَصاً عَنْ طَائِرٍ، فَوَقَفَا ثُمَّ ذَهَبَا، لَمْ يَضْمَنْ لأَنَّهُمَا أَحْدَثَا الذَّهَابَ)[1].

قال الماوردي: وصورتها في رجل حل دابة مربوطة، أو فتح قفصاً عن طائر محبوس، فشردت الدابة وطار الطائر، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون شرود الدابة وطيران الطائر بتهييجه وتنفيره، فعليه الضمان إجماعاً. وإنما لزمه الضمان وإن كان الحل سبباً والطيران مباشرة، لأنه قد ألجأه بالتهييج والتنفير إلى الطيران. وإذا انضم إلى السبب إلجاء تعلق الحكم بالسبب الملجىء، وسقط حكم الفاعل كالشاهدين على رجل بالقتل إذا اقتص منه الحاكم بشهادتهما، ثم رجعا، تعلق الضمان عليهما دون الحاكم، لأنهما ألجآه بالشهادة، فسقط حكم المباشرة.

والضرب الثاني: أن لا يكون منه تهييج ولا تنفير للدابة والطائر، ففيه حالتان:

إحداهما: أن يلبثا بعد حل الرباط وفتح القفص زماناً وإن قلَّ، فلا ضمان عليه لانفصال السبب عن المباشرة، وبه قال أبو حنيفة. وقال مالك: عليه الضمان.

والحال الثانية: أن تشرد الدابة ويطير الطائر في الحال من غير لبث، ففي الضمان لأصحابنا وجهان:

أحدهما: وهو قول أبي إسحاق المروزي وأبي علي بن أبي هريرة: عليه الضمان لاتصال السبب، وهو قول أبي حنيفة.

والوجه الثاني: وهو ظاهر نص الشافعي رضي الله عنه في كتاب اللقطة: لا ضمان عليه لعدم الإلجاء.

واستدل مالك ومن تابعه على وجوب الضمان متصلاً ومنفصلاً، بأن أسباب التلف المضمونة كحفر البئر وفتح القفص سبب للتلف، فوجب أن يتعلق به الضمان. ولأن كل ما

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

يتعلق به الضمان مع اتصاله بسببه، جاز أن يتعلق به الضمان مع انفصاله عن سببه، كالجارح يضمن إن تعجل التلف أو تأجل.

ودليلنا: هو أن للحيوان اختياراً يتصرف به كما يشاهد عياناً من قصده لمنافعه، واجتنابه لمضاره. ثم لما قد استقر حكماً من تحريم ما قد صاده باسترساله، وتحليل ما صاده باسترسال مرسله، فإذا اجتمع السبب والاعتبار تعلق الحكم بالاختيار دون السبب، كملقي نفسه مختاراً في بئر يسقط الضمان باختياره عن حافر البئر، وطيران الطائر باختياره لأنه غير ملجأ. وقد كان يجوز بعد فتح القفص ألا يطير، فوجب إذا طار بعد الفتح أن لا يتعلق بالفتح ضمان. ولأن طيران الطائر بفتح القفص كهرب العبد المحبوس إذا فتح عنه الحبس، فلما كان فاتح الحبس عن العبد المحبوس لا يضمنه إن هرب، فكذلك فاتح القفص عن الطائر لا يضمنه إن طار. ولأن مثابة من فتح القفص عن الطائر حتى طار، بمثابة من هتك حرز مال حتى سرق. ثم كان لو فتح باب دار فيها مال فسرق، لم يضمنه. فكذلك القفص إذا فتح بابه حتى طار طائره، لم يضمنه. ولأن فتح القفص يكون تعدياً على القفص دون الطائر، بدليل أنه لو مات الطائر في القفص بعد فتحه لم يضمنه قط، وما انتفى عنه التعدي لم يضمن به.

فأما الجواب عن استدلالهم بأن أسباب التلف مضمونة كحافر البئر يضمن ما سقط فيها، فهو: أنهما سواء، وذاك أن من طابع الحيوان توقي التالف، فإذا سقط في البئر دل على أن سقوطه بغير اختياره، فضمن الحافر. ولو علمنا أنه سقط باختياره بإلقاء نفسه عمداً سقط الضمان عن الحافر، والطير مطبوع على الطيران عند القدرة إلا في أوقات الاستراحة، فإذا طار دل على أن طيرانه باختياره، فسقط الضمان عن فاتح القفص. ولو علمنا أنه طار بغير اختياره بالإلجاء والتنفير، وجب الضمان على فاتح القفص، فكان سواء.

فأما استدلالهم باستواء الأسباب فيما تعجل بها التلف أو تأجل، فلأصحابنا في ضمانه إذا طار عقب الفتح وجهان:

أحدهما: لا يضمنه. فعلى هذا سقط السؤال.

والثاني: يضمنه. فعلى هذا يكون الفرق بين أن يطير في الحال فيضمن، وبين أن يطير بعد زمان فلا يضمن، هو: أن الطير مطبوع على النفور من الإنسان، فإذا طار في الحال علم أنه طار لنفوره منه، فصار كتنفيره إياه. وإذا لبث زماناً لم يوجد منه النفور، فصار طائراً باختياره. والله أعلم.

فصل: فإذا أمر طفلاً أو مجنوناً بإرسال طائر في يده فطار، فهو كفتحه القفص عنه في أنه نفره، أو أمر الطفل بتنفيره، ضمنه. وإن لم ينفره ولبث زماناً لم يضمنه، وإن طار في الحال فعلى وجهين.

فصل: ولو كان الطائر ساقطاً على جدار أو برج، فنفره بحجر رماه به، فطار من تنفيره، لم يضمنه لأنه قد كان طائراً غير مقدور عليه قبل التنفير.

فصل: ولو رمى رجل حجراً في هواء داره، فأصاب طائراً فقتله، ضمن سواء عمده أو لم يعمده. لأنه وإن لم يتعد بالرمي في هواء داره، فليس له منع الطائر من الطيران في هوائه، فصار كما لو رماه في غير هوائه. وخالف دخول البهيمة إلى داره إذ منعها بضرب لا تخرج إلا به، أنه لا يضمنها، لأن له منع البهيمة من داره.

فصل: وإذا فتح رجل مراح غنم فخرجت ليلاً فرعت زرعاً، فإن كان الذي فتحه المالك ضمن الزرع، وإن كان غير المالك لم يضمن. والفرق بينهما: أن المالك يلزمه حفظها، فإذا فتح عنها ضمن. وغير المالك لا يلزمه حفظها، فإذا فتح عنها لم يضمنه.

فصل: ولو حلَّ دابة مربوطة عن علف أو شعير فأكلته، لم يضمن لأن الدابة هي المتلفة دونه. وكذا لو كسرت إناء في الدار لم يضمنه لما عللنا، وسواء اتصل بذلك بالحل أو انفصل عنه.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ حَلَّ زِقًّا أَوْ رَاوِيَةً فَانْدَفَقَا، ضَمِنَ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ الزِّقُّ ثَبَتَ مُسْتَنِداً، فَكَانَ الْحَلُّ لاَ يَدْفَعُ مَا فِيهِ، ثُمَّ سَقَطَ بِتَحْرِيكٍ إِوْ غَيْرِهِ فَلاَ يَضْمَنُ، لأَنَّ الْحَلَّ قَدْ كَانَ وَلاَ جِنَايَةَ فِيه)[1].

قال الماوردي: وصورتها في زق قد أوكى على ما فيه، فحلَّ الوكاء حتى ذهب ما في الزق، فلا يخلو حال ما فيه من ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون من أرقّ المائعات قواماً وأسرعها ذهاباً، كالخل والزيت واللبن، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون فم الزق منكساً، فعليه ضمان ما فيه، لأن الزيت مع التنكيس لا يبقى، فكان هو المتلف له.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

والضرب الثاني: أن يكون فم الزق مستعلياً، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يميل في الحال فيذهب ما فيه، فعليه ضمانه لأنه متماسك بوكائه، فإذا حله كان بالحل تالفاً، وليس كالدابة إذا حلها لأن للدابة اختياراً.

والضرب الثاني: أن يلبث بعد الحل متماسكاً زماناً، ثم يميل فيسقط، فلا ضمان عليه. وسواء كان الزق مستنداً أو غير مستند، لأنه قد كان باقياً بعد الحل، فعلم أن تلفه بغير الحل من هبوب ريح أو تحريك إنسان.

والقسم الثاني: أن يكون ما في الزق ثخين القوام، بطيء الذهاب، كالدبس الثخين والعسل القوي، فإذا حل وكاؤه فاندفع يسيراً بعد يسير حتى ذهب ما فيه. فإن كان مستعلي الرأس فلبث زماناً لا يندفع شيئاً منه، ثم اندفع، فلا ضمان. وإن اندفع في الحال أو كان منكساً، نظر: فإن لم يقدر مالكه على استدراك سده حتى ذهب ما فيه، فعليه الضمان. وإن قدر على الاستدراك لما فيه، فإن استدركه بالسد لزمه ضمان ما خرج قبل السد، وإن تركه المالك مع القدرة على استدراك سده ففي الضمان وجهان:

أحدهما: عليه الضمان. كما لو خرق ثوبه وهو قادر على منعه، أو قتل عبده وهو قادر على دفعه، لزمه الضمان، ولا تكون قدرة المالك على الدفع اختياراً أو إبراءاً، كذلك ها هنا.

والوجه الثاني: لا ضمان عليه.

والفرق بينهما: أنه في القتل والتخريق مباشر، وفي حل الوكاء متسبب، والسبب يسقط حكمه مع القدرة على الامتناع منه. كمن حفر بئراً فمر بها إنسان وهو يراها ويقدر على اجتنابها، فلم يفعل حتى سقط فيها، لن يضمن الحافر. ولو كان الزق مستعلي الرأس وهو يندفع بعد الحل يسيراً بعد يسير، فجاء آخر فنكسه حتى تعجل خروج ما فيه فذهب، فعلى الأول ضمان ما خرج قبل التنكيس، وفيما خرج بعده وجهان:

أحدهما: أن ضمانه عليهما لاشتراكهما في سبب ضمانه، كالجارحين.

والوجه الثاني: أن ضمانه على الثاني وحده لسقوط السبب مع المباشرة، فصار كالذابح بعد الجارح يسقط سراية الجرح بتوجيه الذبح.

والقسم الثالث: أن يكون ما في الزق جامداً كالسمن والدبس إذا جمدا، فينكشف

بحل الوكاء، أو يكشف الإناء حتى تطلع عليه الشمس فيذوب ويذهب. فإن كان الزق أو الإناء على حال لو كان ما فيها عند الحل والكشف ذائباً بقي في زقه وإنائه، فلا ضمان عليه. وإن كان لا يبقى لو كان ذائباً، ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: لا ضمان عليه، لأن ذوبانه من تأثير الشمس لا من تأثير حله.

والوجه الثاني: عليه الضمان، لأن بحلّه إياه وكشفه له أثرت فيه الشمس، فكان الحل أقوى سبب، فتعلق الضمان به. والله أعلم.

فصل: ولو أدنى رجل من الجامد ناراً بعد كشف إنائه وحل وكائه، فحمي بها فذاب وذهب، فلا ضمان على واحد منهما. أما صاحب النار فلم يباشر بها ما يضمن به، وأما كاشف الإناء وحل الوكاء فلم يكن منه عند فعله جناية يضمن بها، وصارا كسارقين ثقب أحدهما الحرز وأخرج الآخر المال، لم يقطع واحد منهما، لأن الأول هتك الحرز، وبهتك الحرز لا يجب القطع.

والثاني: ولو أخذ مالاً غير محرز، وأخذ المال من غير حرز لا يوجب القطع. فإن قيل: لم يضمن إذا ذاب بالشمس في أحد الوجهين، ولم يضمن إذا ذاب بالنار. قيل: لأن طلوع الشمس معلوم فصار كالقاصد له، ودنو النار غير معلوم فلم يصر قاصداً له.

ولكن لو كان كاشف الإناء وحال الوكاء هو الذي أدنى النار منه فذاب، ضمن وجهاً واحداً، بخلاف الشمس في أحد الوجهين. ولأن إدناء النار من فعله وليس طلوع الشمس من فعله، وخالف وجود ذلك من نفسين، وصار كتفرده بهتك الحرز وأخذ ما فيه في وجوب القطع عليه، ولا يجب لو كان من نفسين.

فصل: وإذا حل رجل رباط سفينة فشردت بعد حل رباطها، فغرقت، فهذا على ضربين:

أحدهما: أن يكون غرقها في الحال من غير لبث، فعليه الضمان لحدوث التلف بفعله.

والضرب الثاني: أن يتطاول بها اللبث بعد الحل، ثم تغرق بعده، فهو على ضربين:

أحدهما: أن يظهر سبب غرقها بحادث من ريح أو موج، فلا ضمان عليه لتلفها بما هو غير منسوب إليه.

والضرب الثاني: أن لا يظهر حدوث سبب لتلفها، ففي ضمانها وجهان:

أحدهما: أنه لا يضمنها، كما لا يضمن الزق إذا لبث بعد حله ثم مال.

والوجه الثاني: عليه الضمان بخلاف الزق، لأن الماء أحد المتلفات.

مسألة: قَالَ المَزنيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ غَصَبَهُ دَاراً فَقَالَ الْغَاصِبُ: هِيَ بِالْكُوفَةِ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ)[1].

قال الماوردي: قد ذكرنا في كتاب الإقرار: أن الدعوى المجهولة لا تصح حتى تفسر، وأن الإقرار بالمجهول يصح ويؤخذ المقر بالتفسير.

فإذا ابتدأ رجل عند الحاكم من غير دعوى تقدمت عليه فقال: غصبت فلاناً هذا داراً، جاز للحاكم أن يسأل المقر له عن قبول الإقرار بالدار، قبل أن يسأل المقر عن حدود الدار وموضعها، حتى إن رد الإقرار كفى تكلف السؤال. وإن قبل الإقرار، أمسك عن سؤال المقر أيضاً عن موضعها وحدودها حتى يسأله المقر له سؤال المقر عن ذلك، فحينئذ يسأله، ولا ينبغي أن يتبرع بالسؤال له عما لم يسأله. فإذا سأله المقر له عن ذلك، سأل المقر حينئذ أين الدار؟ فإن قال: هي بالبصرة، فالحاكم بالخيار بين: أن يسأله عن موضعها من قبائل البصرة، ثم عن حدودها من القبيلة، وبين أن يسأل المقر له عن الدار التي غصبه إياها هل هي بالبصرة أم لا؟ حتى إن ادعاها بغير البصرة، كفى تكلف السؤال عن موضعها وحدودها من البصرة. وإذا كان كذلك فللمقر له ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يقبل منه إقراره بالدار التي هي بالبصرة، ولا يدعي عليه غيرها، فيحكم له بها بمجرد الإقرار، وليس بينهما خلاف، فتجب به يمين.

والحال الثانية: أن يقبل منه إقراره بالدار التي بالبصرة، ويدعي عليه داراً بالكوفة، فيستحق الدار التي بالبصرة بالإقرار، ثم يصير مدعياً لدار بالكوفة. فيسأل الحاكم المدعي عن موضع الدار من قبائل الكوفة، وعن حدودها من تلك القبيلة قبل سؤال المدعى عليه عنها، حتى لا تكون دعواه مجهولة. فإن أقر له بها، خرج إليه منها، وإن أنكره إياها حلف عليها.

والحال الثالثة: أن يرد إقراره بالدار التي بالبصرة ولا يقبلها، ويدعي عليه داراً

(١) مختصر المزني: ص ١١٨.

بالكوفة ويحدها، فينبغي للحاكم أن يسأله قبل سؤال المدعى عليه فيقول له: أتصدقه على أن الدار التي ابتدأ بالإقرار لك بها هي التي ذكر أنها بالبصرة؟ فإن قال: أصدقه على أنه أرادها بالإقرار الأول وليست هي التي غصبنيها، سأل الحاكم المدعى عليه حينئذ عما ادعاه عليه من الدار بالكوفة، فإن أقر بها خرج إليه منها وكانت الدار التي بالبصرة مقرة في يده لعدم من يدعيها. وإن أنكره، حلف له يميناً واحدة بالله ما غصبه داراً بالكوفة.

وإن قال المدعي عند سؤال الحاكم له: قد كان المقر أراد بإقراره الأول لي بالدار ما ادعيته عليه من الدار بالكوفة، أحلف الحاكم المدعى عليه إذا أنكر يمينين:

أحدهما: أنه ما غصبه داراً بالكوفة.

واليمين الثانية: أنه ما أراد بالدار التي كان أقر له بها الدار التي ادعاها عليه بالكوفة. فإذا حلفها برىء من دعوى دار بالكوفة، وأقرت دار البصرة بيده.

فصل: ولو ابتدأ المدعي قبل تقدم الإقرار له فادعى عليه غصب دار بالكوفة، فذكر حدودها وقال المدعى عليه: غصبه داراً بالبصرة. قيل له: أنت غير مجيب عن الدعوى لإقرارك بدار لم يدع عليك، فأجب عما ادعاه عليك من غصب دار بالكوفة. فإن اعترف له بها لزمه الخروج إليه منها، وعرض عليه قبول ما أقر له به مبتدئاً من غصب دار بالبصرة. فإن قبل إقراره بها خرج إليه أيضاً منها، وإن لم يقبل أقرت في يد المقر. ولو كان المدعى عليه أنكر غصب دار بالكوفة، أحلفه الحاكم يميناً واحدة أنه ما غصبه داراً بالكوفة، وأقر بيده دار البصرة إن لم يقبلها المقر له.

فصل: ولو قال: غصبته داره، ثم قال: أردت دارة الشمس أو دارة القمر، فإن قال ذلك مبتدئاً من غير أن يتقدم الدعوى عليه بدار، قبل قوله. وإن قال ذلك جواباً عن دعوى دار عليه، ففيه وجهان:

أحدهما: يقبل قوله لاحتماله.

والوجه الثاني: لا يقبل منه، لأنه إذا كان جواباً انصرف عنه الاحتمال إلى ما تضمنه الدعوى. والله أعلم.

فصل: ولو ادعى عليه غصب دار بالبصرة فأنكره وحلف بالطلاق ما غصبته، ثم أقام المدعي بينة بشاهدين عدلين على مشاهدة الغصب، أو على إقراره به، لزمه الغصب والطلاق معاً لحنثه به في يمينه.

ولو كانت بينته شاهداً وامرأتين، أو شاهداً ويميناً، لزمه الغصب ولا يلزم الطلاق، لأن المغصوب مال يلزم بشاهد وامرأتين وبشاهد ويمين، والطلاق لا يلزم بشاهدين عدلين لا غير.

ولو شهد أحد الشاهدين على معاينة الغصب، وشهد الآخر على إقراره بالغصب، لم تكمل البينة بهما، لأن الإقرار بالغصب، غير المعاينة بالغصب، وقيل للمدعي: احلف مع أيهما شئت حتى تكمل بينتك بشاهد ويمين، فيلزمه بها الغصب دون الطلاق.

ولو شهد أحدهما أنه غصبها منه يوم الخميس، وشهد آخر أنه غصبها منه يوم الجمعة، لم تكمل البينة بهما، لأن الغصب في يوم الجمعة غير الغصب في يوم الخميس. فإن قال أحدهما: رأيتها مغصوبة في يده يوم الخميس، وقال الآخر: رأيتها مغصوبة في يده يوم الجمعة، كملت البينة بهما لعدم التنافي. ولو قال أحدهما: أقر عندي أنه غصبها يوم الخميس، وقال الآخر: أقر عندي يوم الجمعة بغصبها، كملت بهما لعدم التنافي. ولو قال أحدهما: أقر عندي أنه غصبها يوم الخميس، وقال الآخر: أقر عندي أنه غصبها يوم الجمعة، لم تكمل البينة لأنهما غصبان. ولو شهد أحدهما أنه غصبها منه، وشهد الآخر أنه غصبها من وكيله، لم تكمل البينة لأن الغصب منه غير الغصب من وكيله. ولو قال أحدهما: غصبته من وكيله، وقال الآخر: غصبته إياها ولم يقل غصبتها منه، كملت البينة بهما لأن المغصوب من وكيله مغصوب منه، فلم تتنافى الشهادتان.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ غَصَبَهُ دَابَّةً فَضَاعَتْ فَأَدَّى قِيمَتَهَا ثُمَّ ظَهَرَتْ، رُدَّتْ عَلَيْهِ وَرُدَّ مَا قُبِضَ مِنْ قِيمَتِهَا، لأَنَّهُ أَخَذَ قِيمَتَهَا عَلَى أَنَّهَا فَائِتَةٌ، فَكَانَ الْفَوْتُ قَدْ بَطُلَ لَمَّا وُجِدَتْ وَلَوْ كَانَ هَذَا بَيْعاً مَا جَازَ أَنْ تُبَاعَ دَابَّةٌ غَائِبَةٌ كَعَيْنٍ جُنِيَ عَلَيْهَا فَابْيَضَّتْ، أَوْ عَلَى سِنِّ صَبِيٍّ فَانْقَلَعَتْ، فَأُخِذَ أَرْشُهَا بَعْدَ أَنْ أُيِسَ مِنْهَا ثُمَّ ذَهَبَ الْبَيَاضُ وَنَبَتَتِ السِّنُّ، فَلَمَّا عَادَا رَجِعَ حَقُّهُمَا، وَبَطُلَ الأَرْشُ بِذَلِكَ فِيهِمَا. إلى آخر كلام المزني)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا غصب عبداً فأبق، أو بعيراً فشرد، أو فرساً ففر، فهذا على ضربين:

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٨. وتتمة المسألة: «وقال في موضع آخر: ولو قال الغاصب: أنا أشتريها منك وهي في يديَّ قد عرفتها، فباعه إيّاها، فالبيع جائز. قال المزني: منع بيع الغائب في إحدى المسألتين، وأجازه في الأخرى».

أحدهما: أن يكون رده ممكناً لمعرفة مكانه.

والثاني: أن يكون رده ممتنعاً للجهل بمكانه.

فإن كان رده ممكناً ومكانه معروفاً، فالواجب أن يؤخذ الغاصب بطلبه والتزام المؤنة في رده، ولو كانت أضعاف قيمته. كما يؤخذ بهدم بنائه، وإن كان أكثر من قيمة الأرض المغصوبة أضعافاً.

فلو أمر الغاصب مالكها أن يستأجر رجلاً لطلبها، فاستأجر رجلاً، وجبت أجرته على الغاصب. ولو طالب المالك بنفسه، لم يستحق على الغاصب أجرة الطلب، لأنه أمره باستئجار غيره فصار متطوعاً بطلبه.

فإن استأجر الغاصب مالكها لطلبها بأجرة مسماة، ففيه وجهان:

أحدهما: أن الإجارة جائزه، وله الأجرة المسماة، لأنه مالك لمنافع نفسه، فيملك المعاونة عليها.

والوجه الثاني: أن الإجارة باطلة ولا أجرة له، لأنه لا يصح أن يعمل في ماله بعوض على غيره. والله أعلم.

فصل: فإن حصل منهما عدول عن طلب المغصوب إلى أخذ قيمته، فهذا على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يبذلها الغاصب، ويمتنع المغصوب منه.

والقسم الثاني: أن يطلبها المغصوب منه ويمتنع الغاصب.

والقسم الثالث: أن يتفق عليها المغصوب منه والغاصب.

فأما القسم الأول وهو: أن يبذل الغاصب قيمة العبد المغصوب، ويطالب المغصوب منه بعبده، ويمتنع من أخذ قيمته، فالقول قول المغصوب منه، ويجبر الغاصب على طلبه والتزام مؤنته، لأن المالك لا يجبر على إزالة ملكه.

والقسم الثاني: وهو أن يطلب المغصوب منه قيمة عبده، ويمتنع الغاصب من بذلها ليرد العبد بعينه، فينظر: فإن كان العبد على مسافة قريبة يقدر على رده بعد زمان يسير، فالقول قول الغاصب، ولا يجبر على بذل القيمة، لأن العبد المغصوب مقدور عليه. وإن

كان على مسافة بعيدة لا يقدر على رده إلا بعد زمان طويل، فالقول قول المغصوب منه، ويجبر الغاصب على بذل القيمة له ليتعجل ما استحقه عاجلاً. فإذا أخذ القيمة ملكها ملكاً مستقراً، وملك الغاصب العبد ملكاً مراعىً ليتملكه بعد القدرة عليه إن شاء، أو يتوصل به إلى أخذ ما أجبر على دفعه من القيمة إن شاء، لأن الإجبار يمنع من استقرار الملك بالأعواض.

فإذا قدر على العبد المغصوب فهو حينئذ بالخيار بين: أن يتملكه، وبين أن يرده. ولا خيار للمغصوب منه، لأن المغصوب منه لما ملك الخيار في الابتداء لم يملكه في الانتهاء. والغاصب لما لم يملكه في الابتداء، ملكه في الانتهاء. فإن اختار أن يتملكه، استقر حينئذ ملكه عليه باختياره. فإن طلب القيمة ولم يختر تملكه، قيل للمغصوب منه: إن رددت القيمة عاد العبد إليك، ولا أجرة لك فيما مضى لأنك تملكه الآن ملكاً مستقراً، وإن امتنعت عن رد القيمة، لم تجبر على ردها لأنك قد ملكتها، وبيع العبد ليأخذ الغاصب من ثمنه ما دفعه من القيمة. فإذا بيع، لم يخل الثمن من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يكون بقدر القيمة، فيأخذه الغاصب كله.

والحال الثانية: أن يكون أكثر من القيمة، فيأخذ الغاصب منه قدر القيمة، ويكون الفاضل للمغصوب منه لأنها زيادة لم يستقر ملكه عليها.

والحال الثالثة: أن يكون الثمن أقل من القيمة فيأخذه الغاصب، ويكون العجز عائداً عليه لضمانه نقص الغصب.

وأما القسم الثالث: وهو أن يتفق الغاصب والمغصوب منه على أخذ العوض عن العبد، فهذا بيع محض، كعبد رأياه قبل العقد ولم يرياه في حال العقد. وإذا كان كذلك، لم يخل حال رؤيتهما له من: أن تكون قريبة، أو بعيدة.

فإن كانت رؤيتهما قريبة، جاز أن يتعاقدا عليه بما يتراضيا به في ثمنه. وإن كانت رؤيتهما له بعيدة، لم يخل حالهما من أن يكونا ذاكرين لأوصافه، أو ناسيين. فإن نسيا أوصافه كان بيعه باطلاً إلا أن يكون بشرط خيار الرؤية، فيكون على قولين.

وإن كانا ذاكرين لأوصافه، ففي جواز بيعه قولان، لجواز تغيره، إلا أن يكون المغصوب مما لا يتغير بطول المدة كالحديد والصفر، فيجوز بيعه قولاً واحداً. فهذا حكم الضرب الأول إذا كان رده ممكناً.

فصل: وأما الضرب الثاني: وهو أن يكون رده ممتنعاً للجهل بمكانه، فيؤخذ الغاصب جبراً بقيمته أكثر ما كانت من وقت الغصب إلى فوات الرد. فإذا أخذها المغصوب منه، ففي استقرار ملكه عليها وجهان لأصحابنا:

أحدهما: أن ملكه عليها مستقر لفوات الرد.

والوجه الثاني: مراعىً لجواز القدرة على الرد. فإن وجد العبد المغصوب بعد أخذ قيمته، فقد اختلفوا في حكمه:

فذهب الشافعي ومالك: إلى أنه باق على ملك المغصوب منه بأخذه، ويرد ما أخذ من قيمته.

وقال أبو حنيفة: يكون العبد ملكاً للغاصب بما دفعه من قيمته ما لم يكونا قد تكاذبا في قيمته، فإن كانا قد تكاذبا فيها وأقر الغاصب بأقل منها وحلف عليها، كان المغصوب منه أحق بالعبد حينئذ، استدلالاً بأن البدل إذا كان في مقابلة مبدل، كان استحقاق البدل موجباً المبدل كالبيع والنكاح. لما استحق على المشتري الثمن تملك المثمن، ولما استحق على الزوج المهر ملك البضع، كذلك الغصب لما ملك المغصوب منه القيمة ملك الغاصب المغصوب. ولأن الجمع بين البدل والمبدل مرتفع في الأصول، وفي بقاء ملك المغصوب منه العبد بعد أخذ قيمته جمع بينه وبين بدله، وذلك باطل كالبائع لا يجوز أن يجتمع له ملك الثمن والمثمن، والزوجة لا يجوز أن يجتمع لها المهر والبضع؛ ولأن ما أخذت قيمته للمغصوب امتنع بقاؤه على ملك المغصوب قياساً على ما أمكن رده.

ودليلنا قوله تعالى: ﴿لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تراضٍ مِنْكُمْ﴾[1] فما خرج عن التَراضِي خرج عن الإباحة في التمليك. وروى قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبي ﷺ قال: «عَلَى اليَدِ مَا أَخَذَتْ حَتَى تُؤَدِّي»[2]. فجعل الأداء غاية الأخذ، فاقتضى عموم الظاهر استحقاقه في الأحوال كلها. ولأن قدرة المعاوض على ما عاوض عليه أولى بصحة تملكه من العجز عنه، ثم ثبت أن الغاصب لو كان قادراً على العبد المغصوب فكتمه وبذل قيمته لم يملكه، فإذا بذلها مع العجز عنه فأولى أن لا يملكه. ويتحرر منه قياسان:

---

(١) سورة النساء، الآية: ٢٩.

(٢) حديث سمرة: سبق تخريجه.

أحدهما: أن كل ما لم يملك بالقيمة مع القدرة عليه، فأولى أن يملك بالقيمة مع العجز عنه، قياساً عليه إذا كانت القيمة من غير نقد البلد، أو كانت من نقد البلد فلم تقبض.

والثاني: أن كل ما لم يملك بالقيمة من غير نقد البلد، لم يملك بالقيمة من نقد البلد قياساً على المكتوم. ولأن تملك الشيء عن رضى مالكه، أشبه بالصحة من تملكه بكره مالكه. ثم ثبت أنهما لو تبايعا الآبق عن تراض لم يملكه، فأولى إذا صار إلى قيمته مع الإكراه أن لا يملك. ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أنها معاوضة من غير مقدور عليه، فوجب أن لا يملك كالبيع.

والثاني: أن ما لم يملك بثمن المرضاة، فأولى أن لا يملك بقيمة الإكراه، كأم الولد إذا وجدها الغاصب بعد دفع القيمة. لأن حكم الحاكم أبلغ في صحة التمليك، ما لم ينفذ فيه حكم الحاكم، فلما كان أخذ القيمة بحكم الحاكم عند تكاذبهما فيها وإحلاف الغاصب عليها لا يوجب تمليك المغصوب، فأولى إذا تجردت لتصادقهما عليها من حكم حاكم أن لا يوجب تملك المغصوب. ويتحرر من اعتلاله قياسان:

أحدهما: أنها غرامة إتلاف، فوجب أن يمنع من الملك قياساً على أخذها بحكم.

والثاني: أن ما لم يملك بالغرم عن حكم، لم يملك بالغرم من غير حكم، قياساً على التالف قبل الغرم. ولأن كل بدل جاز المصير إليه لفقد مبدله، كان وجود المبدل مانعاً في التصرف في بدله، كالمتيمم إذا وجد الماء، وأكل الميتة إذا وجد الطعام. ولأن كل بدل وجب بفوات مبدل، كان عود المبدل موجباً لسقوط البدل، قياساً على الجاني على عين فابيضت ثم زال بياضها، أو على يد فشلت ثم زال شللها. ولأن ما أوجب ملك بدله تمليك مبدله، كان امتناع ملك المبدل مبطلاً لملك البدل، كالبيع لا يملك به ثمن أم الولد، لأنها لا تملك، ويملك به ثمن غيرها فما يملك. فلما استوى في الغصب بدل ما يجوز أن يملك من الأموال وما يجوز أن يملك من الأوقاف وأمهات الأولاد، دل على أن ملك البدل فيمن لا يوجب تمليك مبدله، وبهذا يكون الانفصال عن دلائلهم، فتأمله تجده مقنعاً.

ثم المعنى في البيع الذي جعلوه أصلاً في الاستدلالين: أن الثمن فيه موضوع للتمليك، والقيمة في الغصب غير موضوعة للتمليك. ألا ترى أن ثمن التالف لا يملك، وقيمة التالف تملك؟

وأما قياسهم على ما أمكن رده، فالمعنى فيه: أنه يصح بيعه وتمليكه، والقيمة فيه بدل من الحيلولة دون الفوات.

فصل: فإذا ثبت أن وجود المغصوب بعد أخذ قيمته موجب لرده واسترجاع قيمته، فإذا استرده المغصوب منه رجع بنقص إن كان فيه، وبنماء إن حدث منه، وبأجرته إلى وقت أخذه لقيمته، وفي رجوعه بأجرته بعد أخذ قيمته وجهان:

أحدهما: يرجع بها، لبقائها على ملكه.

والثاني: لا يرجع بها، لاعتياضه عليها بالقيمة. ولعلهما مبنيان على اختلاف الوجهين في ملكه للقيمة: هل يكون مستقراً أو مراعىً؟

ولكن لو أن أجنبياً غير الغاصب تصرف في المغصوب باستخدام العبد وركوب الدابة، رجع المغصوب منه عليه بالأجرة وجهاً واحداً، وهل يكون مخيراً في الرجوع بها عليه وعلى الغاصب أم لا؟ على ما ذكرنا من الوجهين.

إن قلنا: إن الغاصب ضامن للأجرة، كان له الخيار.

وإن قلنا: إنه ليس بضامن، فلا خيار له، ويرجع بها على الراكب والمستخدم وحده. و إذا استحق المغصوب منه بعد رجوع المغصوب إليه مطالبة الغاصب بما وصفناه، فإن كان ما أخذه من القيمة مستهلكاً تقاضاه ورد مثل الباقي منه، وإن كان باقياً في يده. فإن قيل: باستقرار ملكه عليه، فله أن يأخذ منه بقدر ما استحقه، وعليه رد الباقي بعينه.

وإن قيل: إنه مراعىً لم يكن له أن يأخذ ذلك منه إلا برضى الغاصب، لأن وجر المغصوب قد رفع ملكه عن القيمة فصار كسائر أموال الغاصب، لا يجوز أن يأخذ منها حقه إلا بإذنه. وإذا أمكن أن يصل إلى حقه منه، وليس له أن يرتهن القيمة على أخذ الأجرة، وله أن يرتهنها على أخذ النقص لأنها بدل عن العين دون المنفعة. والله أعلم.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَلَوْ بَاعَهُ عَبْداً وَقَبَضَهُ الْمُشْتَرِي، ثُمَّ أَقَرَّ البَائِعُ أَنَّهُ غَصَبَهُ مِنْ رَجُلٍ، فَإِنْ أَقَرَّ الْمُشْتَرِي نَقَضْنَا البَيْعَ وَرَدَدْنَاهُ إِلَى رَبِّهِ. وَإِنْ لَمْ يُقِرَّ، فَلَا يُصَدَّقُ عَلَى إِبْطَالِ الْبَيْعِ، وَيُصَدَّقُ عَلَى نَفْسِهِ فَيَضْمَنُ قِيمَتَهُ. وَإِنْ رَدَّهُ الْمُشْتَرِي بِعَيْبٍ كَانَ عَلَيْهِ أَنْ يُسَلِّمَهُ إِلَى رَبِّهِ الْمُقَرِّ لَهُ بِهِ)[1].

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٩.

قال الماوردي: وصورتها في رجل باع عبداً على رجل، فادعاه رجل ملكاً، وأن البائع أخذه منه غصباً، فللبائع والمشتري أربعة أحوال:

أحدها: أن يصدقاه عليه، فيلتزم المشتري تسليمه لبطلان البيع، وله أن يرجع على البائع الغاصب بالثمن.

والحال الثانية: أن يكذباه عليه، فللمدعي إحلافهما عليه معاً، إلا أن يكون له بينه فيحكم بها وينتزع العبد من المشتري، ولا يرجع على البائع بالثمن، لأنه بتكذيب المشتري مقر بأنه مظلوم بانتزاع العبد من يده غير مستحق للرجوع بثمنه.

والحال الثالثة: أن يصدق المشتري وحده ويكذبه البائع، فيلزم المشتري بتصديقه تسليم العبد إليه، ولا رجوع له على البائع بالثمن، لأن قوله مقبول على نفسه وغير مقبول على غيره، وللمشتري إحلاف البائع، وليس للمغصوب منه إحلافه لأن المغصوب منه بأخذ العبد قد وصل إلى حقه، وإنما للمشتري إحلافه لأجل ما يستحقه من الثمن باعترافه.

والحال الرابعة: وهي مسألة الكتاب: أن يصدقه البائع ويكذبه المشتري، فلا يقبل تصديق البائع على المشتري لارتفاعه يده وحصوله حكماً في ملك غيره، ويحلف المشتري للمدعي، ثم يرجع المشتري بقيمته على الغاصب قولاً واحداً، لأنه قد عاوض. فإن عاد العبد إلى البائع بهبة أو ميراث أو رد بعيب، لزمه تسليمه إلى المغصوب منه، لأنه إنما لم ينفذ إقراره فيه لحق المشتري، فإذا زال حقه لزمه رده، ويسترجع منه قيمته.

مسألة: إقرار المشتري والبائع بالغصب بعد العتق لم يتبايعا في رد العتق.

مسألة: قَالَ المَزَنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (فَإِنْ كَانَ الْمُشْتَرِي أَعْتَقَهُ ثُمَّ أَقَرَّ الْبَائِعُ أَنَّهُ لِلْمَغْصُوبِ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُ وَاحِدٍ مِنْهُمَا فِي رَدِّ العِتْقِ، وَلِلْمَغْصُوبِ القِيمَةُ إِنْ شَاءَ أَخَذْنَاهَا لَهُ مِنَ الْمُشْتَرِي المُعْتِقِ، وَيَرْجِعُ الْمُشْتَرِي عَلَى الغَاصِبِ بِمَا أُخِذَ مِنْهُ، لأَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ بَاعَهُ مَا لاَ يَمْلِكُ)[1].

قال الماوردي: وهذا كما قال. إذا كان مشتري العبد أعتقه ثم حضر من ادعاه ملكاً، وأن البائع أخذه غصباً، كلف البينة قبل سؤالهما بخلاف الحال قبل العتق، لأن نفوذ العتق يمنع من رفعه إلا ببينة عادلة تشهد به. فإن أقام بينة بطل العتق واسترجع العبد، ورد البائع

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٩.

الثمن على المشتري إن ادعاه من غير تكذيب المدعي. وإن لم يكن للمدعي بينة، سئل البائع والمشتري حينئذ عن دعواه، ولا يخلو حالهما من الأحوال الأربعة:

أحدها: أن يكذباه، فله إحلافهما ولا شيء عليهما.

والحال الثانية: أن يصدقه البائع دون المشتري، فقول البائع فيه غير مقبول لأنه قد صار في العبد بعد عتقه ثلاثة حقوق: حق المشتري في الملك، وحق العبد في التصرف، وحق الله في الحرمة. وقول البائع غير مقبول في حق واحد منهما. وإذا كان كذلك، لزمه غرم القيمة للمغصوب منه بتصديقه له، وليس للمغصوب منه إحلاف المشتري لأن حقه في القيمة وقد وصل إليهما. فإن أراد البائع إحلاف المشتري، فإن كانت القيمة بقدر ثمنه أو أقل، فليس له إحلافه لأن ما غرمه من القيمة قد وصل إليه من الثمن. وإن كانت القيمة أكثر من الثمن، كان له إحلافه لأن ما غرمه من القيمة قد وصل إليه من الثمن. وإن كانت القيمة أكثر من الثمن، كان له إحلافه، لأنه لو صدقه على الغصب للزمه أن يدفع إليه باقي القيمة.

والحال الثالثة: أن يصدقه المشتري وحده، فالعتق لا يبطل لأنه وإن سقط حقه من الملك بالتصديق، فقد بقي حقان:

أحدهما: للعبد.

والثاني: لله تعالى. وقوله غير مقبول في واحد منهما.

وإذا كان كذلك فعليه أن يغرم للمغصوب منه قيمة العبد، وليس للمغصوب منه إحلاف البائع، لأن حقه في القيمة قد وصل إليها من المشتري، إلا أن يعسر بها المشتري فيجوز له إحلاف البائع. فإن أراد المشتري إحلاف البائع فله ذلك على الأحوال كلها، لأنه لو صدقه لوجب عليه رد الثمن كله.

والحال الرابعة: أن يصدقه البائع والمشتري، فلا يقبل قولهما في إبطال العتق لبقاء حق العبد وحق الله تعالى. فإن صدقهما العبد أيضاً، لم يبطل العتق لبقاء حق الله وحده. وإذا كان كذلك، فللمغصوب منه الخيار في الرجوع بقيمته على من شاء منهما، فإن رجع بها على البائع فإن للبائع الرجوع بها على المشتري لأنها مضمونة عليه بالعتق، إلا أن البائع قد أخذ منه الثمن. فإن كان الثمن من غير جنس القيمة، رجع بالقيمة ورد الثمن. وإن كانت من جنسه، ترادا الزيادة، فإن رجع المغصوب بها ابتداءاً على المشتري رجع المشتري على البائع بالثمن الذي قبضه دون القيمة.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وَإِنْ كَسَرَ لِنَصْرَانِيٍّ صَلِيباً، فَإِنْ كَانَ يَصْلُحُ لِشَيْءٍ مِنَ المَنَافِعِ مُفَصَّلاً، فَعَلَيْهِ مَا بَيْنَ قِيمَتِهِ مُفَصَّلاً وَمَكْسُوراً، وَإِلاَّ فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ)[١].

قال الماوردي: أما الصليب فموضوع على معصية، لزعمهم أن عيسى بن مريم عليه السلام قتل وصلب على مثله، فاعتقدوا إعظامه طاعة، والتمسك به قربة. وقد أخبر الله تعالى بتكذيبهم فيه ومعصبتهم به، فقال سبحانه وتعالى: ﴿وَمَا قَتَلُوهُ وَمَا صَلَبُوهُ وَلَكِن شُبِّهَ لَهُمْ﴾[٢] وقال تعالى: ﴿وَمَا قَتَلُوهُ يَقِيناً بَلْ رَفَعَهُ اللَّهُ إِلَيْهِ﴾[٣] وفيه تأويلان:

أحدهما: أن الكناية راجعة إلى عيسى وتقديره: وما قتلوا عيسى يقيناً.

والثاني: أنها كناية ترجع إلى العلم به، وتقديره: وما قتلوا للعلم به يقيناً، من قولهم: قتلت ذلك علماً، إذا تحققت. ومنه ما جاء الحديث به: قتلت أرض جاهلها، وقتلت أرض عالمها.

فإن لم يجاهرونا بالصليب لم يجز أن نهجم عليهم في بيعهم وكنائسهم، وأقررناهم على ما يعتقدونه من تعظيمه، كما نقرهم على كفرهم. وإن جاهرونا به، وجب إنكاره، ولم يجز أن نقرهم على إظهاره. ثم ننظر، فإن كان الإمام قد شرط عليهم في عقد جزيتهم ترك مجاهرتنا به، جاز في الإنكار عليهم أن يعمد إلى تفصيل الصليب وكسره رفعاً لما أظهروه من المعصية به. وإن لم يشرط ذلك عليهم في عقد جزيتهم، وجب أن يقتصر على الإنكار عليهم في المجاهرة به. ولا يتجاوز في الإنكار إلى كسره، إلا أن يقيموا بعد الإنكار على إظهاره، فيكسر عليهم كسراً لا يوجب ضماناً ولا غرماً.

فإذا تقرر هذا وكسر رجل على نصراني صليباً، نظر: فإن كان قد فعله وأزاله عن شكله ولم يتجاوز عن كسر خشبه، فلا شيء عليه لأنه قد أزال معصية، ولم يتلف مالاً. وإن كسره حتى صار خشبه فتاتاً، فإن كان لا ينتفع به في غير الصليب ولا يصلح إلا له، فلا شيء عليه سواء كان كاسره مسلماً أو نصرانياً. وكذا لو كان يصلح مكسوراً، لما يصلح له صحيحاً من وقود النار فلا شيء عليه لأنه أزال المعصية عنه. وإن كان ينتفع به مفصلاً، ويصلح لما يصلح له مكسراً، ضمن ما بين قيمته مفصلاً ومكسراً، لأنه أزال مع المعصية نفعاً مباحاً، فلم يكن سقوط الضمان عن المعصية موجباً لسقوطه عن الإباحة.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٩.
(٢) سورة النساء، الآية: ١٥٧.
(٣) سورة النساء، الآية: ١٥٧ ـ ١٥٨.

وهكذا حال الطنبور والمزمار والملاهي المحرمات، إن فصل خشبها فلا ضمان، وإن كسره فإن كان لا يصلح إلا لها فلا ضمان، وإن كان يصلح لغيرها ضمن ما بين قيمته مفصلاً ومكسراً.

مسألة: قَالَ المَزنِيُّ: قَالَ الشَّافِعِيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: (وإِنْ أَرَاقَ لَهُ خَمْراً أَوْ قَتَلَ لَهُ خِنْزِيراً فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ وَلاَ قِيمَةَ لِمُحَرَّمٍ، لِأَنَّهُ لاَ يَجْرِي عَلَيْهِ مِلْكٌ. الفصل)[1].

قال الماوردي: أما بالتمسك بالخمر والخنزير فمعصية، والقول فيه كالقول في الصليب، ولا شيء على متلفها مسلماً كان أو ذمياً، على مسلم أتلفه أو على ذمي، ويعزر إن هجم على منازلهم أو بيعهم.

وقال أبو حنيفة: إن أتلفها على مسلم لم يضمن المتلف مسلماً كان أو ذمياً، وإن أتلفها على ذمي ضمنها المتلف مسلماً كان أو ذمياً. فإن كان مسلماً، ضمن قيمة الخمر وقيمة الخنزير، إستدلالاً في وجوب ضمانها للذمي بما روي أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: كَتَبَ إِلَى أَبي مُوسَى الأَشْعَرِي، وَقِيلَ إِلَى سَمُرَةَ بنِ جُنْدُبٍ فِي خُمُورِ أَهْلِ الذِّمَّةِ: أَنْ وَلِّهِمْ بَيْعَهَا وَخُذِ الْعُشْرَ مِنْ أَثْمَانِهَا. فكان الدليل فيه من وجهين:

أحدهما: أن جعل لها أثماناً والعقد عليها صحيحاً.

والثاني: أخذ العشر منها: ولو حرمت أثمانها لحرم عشرها. قال: ولأنه متمول في عرفهم، فوجب أن يكون مضموناً بإتلافه عليهم، قياساً على غيره من أموالهم.

وقالوا: ولأنه من أشربتهم المباحة، فوجب أن يكون مضموناً بالاتلاف كسائر الأشربة.

قالوا: ولأن ما استباحوه شرعاً ضمناه لهم، وإن منعا منه شرعاً قياساً على بضع المجوسية يضمنه المسلم بمهر المثل في الشبه.

---

(١) مختصر المزني: ص ١١٩. وتتمة الفصل: «واحتج على من جعل له قيمة الخمر والخنزير، لأنهما ماله فقال: أرأيت مجوسياً اشترى بين يديك غنماً بألف درهم ثم وقذها كلها ليبيعها فحرقها مسلم أو مجوسي، فقال: لك: هذا مالي وهذه ذكاته عندي وحلال في ديني وفيه ربح كثير، وأنت تقرني على بيعه وأكله، وتأخذ مني الجزية عليه، فخذ لي قيمته فقال: أقول ليس ذلك بالذي يوجب لك أن أكون شريكاً لك في الحرام، ولا حق لك. قال: فكيف حكمت بقيمة الخنزير والخمر وهما عندك حرامٌ؟».

قالوا: ولأن ما كان متمولاً عند مالكه ضمن بالإتلاف وإن لم يتمول عند متلفه، قياساً على المصحف إذا أتلفه ذمي على مسلم.

ودليلنا: رواية يزيد بن أبي حبيب، عن عطاء بن أبي رباح، عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما: أنه سمع رسول الله ﷺ يقول وهو بمكة عام الفتح: «إِنَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ حَرَّمَ بَيْعَ الْخَمْرِ وَالْمَيْتَةِ وَالْخِنْزِيرِ وَالأَصْنَامِ»، قِيلَ: يَا رَسُولَ اللَّهِ أَرَأَيْتَ شُحُومَ الْمَيْتَةِ فَإِنَّهَا يُطْلَى بِهَا السُّفُنُ، وَيُدْهَنُ بِهَا الْجُلُودُ، وَيَسْتَصْبِحُ بِهَا النَّاسُ فَقَالَ: «لاَ. هُوَ حَرَامٌ». ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: «قَاتَلَ اللَّهُ الْيَهُودَ، وَإِنَّ اللَّهَ لَمَّا حَرَّمَ شُحُومَهَا جَمَّلُوهُ ثُمَّ بَاعُوهُ ثُمَّ أَكَلُوا ثَمَنَهُ»[(١)].

فدل تحريمه لبيعه على تحريم ثمنه وقيمته. ولأن المرجع في كون الشيء مالاً إلى صنعته لا إلى صفة مالكه، لأن صفات الشيء قد تختلف، فيختلف حكمه في كونه مالاً، ويختلف مالكوه. فلا يختلف حكمه في كونه مالاً كالحيوان، هو مال لمسلم وكافر. ثم لو مات خرج من أن يكون مالاً لمسلم أو كافر، ثم لو دبغ جلده صار مالاً لمسلم وكافر، فلما لم يكن الخمر والخنزير مالاً للكافر ولا يدخل عليه مال الحربي لأنه مال، والسبي سبب لملكه. ويتحرر من إعتلال هذا الإستدلال قياسان:

أحدهما: أن كل ما لم يكن مالاً مضموناً في حق المسلم، لم يكن مالاً مضموناً في حق الكافر، كالميتة والدم. وإن شئت قلت: كل عين لم يصح أن تشغل ذمة المسلم بثمنها، لم يصح أن تشغل ذمة المسلم بقيمتها، أصله ما ذكرنا.

والثاني: أن ما لم يستحقه المسلم من عوض الخمر، لم يستحقه الكافر كالثمن. ولأنه شراب مسكر، فوجب ألا يستحق على متلفه قيمة، كما لو أتلفه على مسلم. ولأن كل عين لم يضمنها المسلم بإتلافها على المسلم، لم يضمنها بإتلافها على الكافر، كالعبد المرتد. ولأن ما استبيح الانتفاع به من الأعيان النجسة إذا لم يملك الاعتياض عليه كالميتة، فما حرم الانتفاع به من الخمر والخنزير أولى أن لا يملك الاعتياض عليه، وفيه قياسان:

أن ما حرم نفعاً فأولى أن يحرم عوضاً، قياساً عليه من كافر على مسلم. ولأن تقويم الخمر للكافر على المسلم تقتضي في التقويم تفضيل الكافر على المسلم، فلم يصح إعتباراً

---

(١) حديث جابر: سبق تخريجه.

بقدر القيمة لما لم يقتضِ إختلافها في الدين إختلافاً فيه كذلك الجنس لا يقتضي إختلافها في الدين إختلافاً فيه.

وتحريره قياساً: أن ما استويا فيه قدراً، استويا فيه جنساً، كالأموال إثباتاً، والمستقذرات إسقاطاً.

فأما الجواب عن حديث عمر رضي الله عنه وقوله: «وَلّهِمْ بَيْعَهَا وَخُذِ الْعُشْرَ مِنْ أَثْمَانِهَا» فمن وجهين:

أحدهما: أن معناه: أن ولّهم ما تولوه من بيعها، ولا تعترض عليهم فيما إستباحوه منها، وخذ العشر من أثمانها أي: من أموالهم. وإن خالطت أثمانها، بدليل ما أجمعنا عليه من بطلان ثمنها.

والثاني: أنه محمول على العصير الذي يصير خمراً، لإجماعنا وإياهم على تحريم بيعها خمراً وإباحته عصيراً.

وأما قياسهم على سائر أموالهم بعلة أنه متمول في عرفهم، فمنتقض بالعبد المرتد وبما ذكره الشافعي رضي الله عنه من موقوذة المجوسي إن سلموه. ثم المعني في سائر أموالهم وفي الأشربة التي جعلوها أصلاً لثاني قياسهم: أنه مضمون في حق المسلم، فكان مضموناً في حق الكافر. أو نقول: لأنه مما يجوز أن تشغل ذمة المسلم بثمنه، فجاز أن تشغل ذمته بقيمته. والخمر مفارق لها في هذين المعنيين.

وأما قياسهم على بضع المجوسية، فالمعنى فيه: أن الأبضاع مضمونه بالشبهة فيما يحل ويحرم، ألا ترى أن الأم تستحق المهر عند إصابتها بالشبهة كما تستحقه الأجنبية، وليس كذلك حكم الأعيان إستشهاداً في الطرد والعكس بالمباح منها والمحظور.

وأما قياسهم على المصحف بعلة أنه متمول عند مالكه، فالجواب عنه: إستشهادنا بأصلهم في المصحف، في أن الاعتبار باعتقادنا دون إعتقادهم، نصاً واستدلالاً.

أما النص فقوله تعالى: ﴿وَأَنِ احْكُم بَيْنَهُم بِمَا أَنزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ﴾[1].

وأما الاستدلال استدلالهم بالمصحف فلما اعتقدناه مالاً كان مضموناً لهم وعليهم، وأن لم يعتقدوه مالاً. أولا ترى لو أن مسلماً ذبح على يهودي شاة فهو يعتقدها ميتة، لا

(١) سورة المائدة، الآية: ٤٩.

، يملك عنها عوضاً، ونحن نعتقدها مالاً توجب بإتلافه عوضاً. ثم قد أجمعنا أنها لو استهلكت عليه بعد ذبح المسلم لها أنها مضمونة على متلفها، لأننا نعتقدها مالاً، فكذلك الحكم فيما لم نعتقده مالاً وإن اعتقدوه مالاً. والله أعلم.

فصل: فأما غير الخمر من المائعات النجسة فعلى ضربين:

أحدهما: ما كان نجساً في أصله.

والثاني: ما طرأت نجاسته بعد طهارته.

فأما النجس في أصله كالدم والبول، فلا يجب ثمنه ولا قيمته على متلف. وأما ما طرأت نجاسته بعد طهارته فعلى ضربين:

أحدهما: ما لا ينتقل عن نجاسته كلبن الميتة والادهان. وإذا قيل: لا تطهر بالغسل، فلا يحل ثمن شيء من ذلك، ولا قيمته على متلف.

والضرب الثاني: ما ينتقل عن نجاسته فيصير طاهراً، كالماء النجس يطهر بالمكاثرة والأدهان. وإذا قيل: بجواز غسلها، ففي جواز بيعها وإباحة ثمنها وجهان:

أحدهما: يجوز، فعلى هذا يكون متلفها ضامناً لقيمتها.

والوجه الثاني: لا يجوز، فعلى هذا لا ضمان على متلفها.

فصل: وإذا غصب خمراً فصار في يده خلاً، صار حينئذ مضموناً عليه لكونه خلاً ذا قيمة: فلو إختلفا بعد تلفه، فقال المالك: صار خلاً، فعليك ضمانه. وقال الغاصب: بل تلف في يدي وهو خمر على حاله، فالقول قول الغاصب مع يمينه اعتباراً ببراءة ذمته. فلو صار الخمر بعد غصبه خلاً، ثم عاد الخل فصار خمراً، ضمنه مع بقاء عينه، لأنه بمصيره خمراً قد صار تالفاً. فلو عاد ثانية فصار خلاً، رده على المغصوب منه، وهل يضمن قيمته مع رده، على وجهين:

أحدهما: لا ضمان عليه لعوده إلى ما كان عليه:

والوجه الثاني: عليه الضمان لاستقراره عليه، فلم يسقط بما لم يحدث في ملكه. وهذان الوجهان من نقص المرض إذا عاد.

فصل: وإذا غصب واحد من خفين قيمتها معاً عشرة دراهم، فاستهلكه وقيمة كل واحد منهما على انفراده درهمان، ففي قدر ما يضمن وجهان:

أحدهما: يضمن درهمين، وهو قيمة ما تفرد باستهلاكه، ولكون نقص الانفراد داخلاً على المغصوب منه.

والوجه الثاني: أنه يضمن ثمانية دراهم: درهمان منها قيمة المستهلك، وستة هي ضمان النقص بالانفراد. لأنها جناية منه، كمن قطع إحدى كمي قميص قيمته عشرة دراهم، فصارت قيمته بعد قطع الكم درهمين، وكانت قيمة الكم بعد قطعه درهمين، ضمن اتفاقاً جميع النقص وهو ثمانية دراهم، كذلك في إحدى الخفين. ولا قطع عليه بضمان النقص الزائد على قيمة الخف المسروق، لأن قيمة الخف المنفرد درهمان وهي دون النصاب، وإنما ضمن ذلك للنقص الذي يكمل به النصاب من غير إخراج له من الحرز، فصار كالمستهلك له في الحرز. والله أعلم.

فصل: فأما إذا غصب صكاً أو سجلاً أو كتاب عهدة، فاستهلكه عليه، كان عليه قيمته وإن قلّت. وسواء بطل احتجاج المالك بها في تثبيت أملاكه، أم لا. فلو لم يستهلك، ولكن محا ما كان مثبتاً فيه من خط وثيقة، فلا شيء عليه إلا أن ينقص بذلك من قيمة الكتاب شيء، فيضمن ما نقص. ولكن يعزر إن فعل ذلك إضراراً بمالكه، وإبطالاً للوثيقة.

فصل: وإذا أطارت الريح ثوباً لرجل فألقته في دار آخر، فلم يعلم صاحب الدار به حتى احترق بنار كان في داره، أو بهيمة أكلته، لم يضمن. ولو علم به فأكلته البهيمة بعد علمه، فإن لم يقدر على منعها حتى أكلته فلا ضمان عليه، وإن قدر على منعها فعليه الضمان. ولكن لو رآه عند حصول الثوب في داره فتركه، فإن كان مالكه غير عالم به فعليه إعلامه. فإن لم يعلمه به، فهو ضامن. وإن كان مالكه عالماً به، فليس عليه إعلامه ولا ضمان عليه في تركه. فإن أطارته الريح بعد تركه فهلك، فإن لم يقدر على حفظه عند هبوب الريح فلا ضمان عليه، وإن قدر على حفظه عند هبوبها ففي ضمانه وجهان:

أحدهما: لا ضمان عليه، لأنه لم يكن منه ما يضمن به.

والوجه الثاني: عليه الضمان، كما لو أكلته بهيمة يقدر على منعها، وإن أمكن الفرق بينهما. فلو كان الثوب حين أطارته الريح إلى داره وقع في صبغ لصاحب الدار فانصبغ به، فلا ضمان على واحد منهما لعدم التعدي منهما. ثم نظر: فإن أمكن استخراج الصبغ من الثوب واستخرجه، ويكون نقص الثوب والصبغ هدراً. وإن لم يمكن استخراجه، كانا شريكين فيه بقيمة الثوب، والصبغ على زيادته ونقصه.

فصل: وإذا سقط في دار رجل طائر مملوك فألِفها وأقام، فلا ضمان عليه ما لم تحصل له يد عليه، ولا يلزمه إعلام صاحبه به، سواء كان عالماً أو غير عالم. بخلاف الثوب، لأن الطير ممتنع، وعوده بنفسه ممكن.

فلو دخل الطير إلى برج صاحب الدار فغلق عليه باب البرج، فإن نوى بفعله تملك الطير ضمنه، وإن لم ينو تملكه فلا ضمان عليه، لأنه يملك التصرف في داره كيف شاء.

فصل: وإذا أشعل الرجل في داره ناراً فانتشرت حتى تعدت إلى دار جاره فأحرقتها، نظر: فإن كانت النار إذا انتشرت فيما هي فيه ولم تخرج عن حدود داره، فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد بها. وإن كان انتشارها فيما هي فيه يخرجها عن حدود داره، ضمن لأن من طبع النار انتشارها فيما وقعت فيه، فصار متعدياً، فضمن.

وهكذا لو أجرى في أرضه ماء فتعدى إلى أرض غيره فغرقها، فإن لم يكن له في أرضه مغيض، ولا كان في حدودها ما يصده عن الخروج، ضمن لما في طبع الماء من الجريان. والله أعلم بالصواب.

فهرس كتاب الحاوي الكبير

الجزء الثامن

كتاب الحوالة

كتاب الضمان

كتاب الشرك

كتاب الوكالة

باب إقرار الوارث للوارث

كتاب الغصب







